

Avant-propos

Depuis quelques années le télétravail est en pleine expansion. La pandémie du Covid-19 a accéléré la tendance puisque ce mode d'organisation du travail a été préconisé, voire partiellement imposé comme l'une des mesures permettant de freiner la circulation du virus. Qu'il soit organisé de manière provisoire ou durable, le télétravail pose de nombreux défis et soulève d'importantes interrogations sur le régime juridique applicable.

C'est pour tenter de répondre à ces questions que nous avons organisé à l'Université de Neuchâtel, le 29 avril 2022, sous l'égide du Centre d'étude des relations de travail (CERT), un colloque dédié à ces thématiques.

Cet ouvrage comprend les actes du colloque sous la forme de huit articles rédigés par quinze contributrices et contributeurs actives et actifs dans l'administration, le barreau et/ou l'enseignement.

Nos vifs remerciements vont en premier lieu aux auteur·e·s qui ont rédigé des contributions de qualité malgré leur emploi du temps chargé. Ils s'adressent aussi à Mesdames Lilla Balazs (avocate-stagiaire à Zurich), Joanna David (cheffe de projet auprès de Schulthess éditions romandes, à Genève) et Anouk Gillibert (collaboratrice administrative à l'Université de Neuchâtel), pour leur collaboration diligente et appréciée à la confection de l'ouvrage.

Neuchâtel, avril 2022

Prof. Jean-Philippe Dunand
Prof. Pascal Mahon
Codirecteurs du CERT

Prof. Valérie Défago

Table des matières

Table des abréviations.....	IX
-----------------------------	----

Première partie : Notion et défis du télétravail

Télétravail et travail à domicile.....	1
--	---

Julien Billarant

Docteur en droit, avocat

La psychologie du télétravail : Performance et bien-être des individus et leur entourage.....	35
--	----

Adrian Bangerter

Professeur à l'Institut de psychologie du travail et des organisations (IPTO)
à l'Université de Neuchâtel

Maïke E. Debus

Professeur assistant de psychologie du travail et des organisations
à l'Université de Neuchâtel

Laurenz L. Meier

Professeur de psychologie de la santé au travail à l'Université de Neuchâtel

Rebekka S. Steiner

Maîtresse-assistante en psychologie du travail et des organisations
à l'Université de Neuchâtel

Deuxième partie : Droits et obligations des parties

Le télétravail sous l'angle du Code des obligations.....	59
--	----

Marie-Thérèse Guignard

Docteure en droit, avocate, spécialiste FSA en droit du travail

Protection de la santé et télétravail en droit suisse et international..... 103

Valérie Berset Bircher

Docteure en droit, ambassadrice, cheffe des « Affaires internationales du travail »,
Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO)

Céline Brugger

Juriste aux affaires internationales du travail du SECO

Corina Müller Könz

Avocate, cheffe suppléante du domaine de prestations « Conditions de travail »,
SECO

**Traitement des données et surveillance des travailleurs
dans le contexte du télétravail..... 129**

Juliette Ancelle

Avocate

**Caractéristiques et preuve du harcèlement psychologique (mobbing)
dans le contexte du télétravail..... 155**

Jean-Philippe Dunand

Avocat, professeur à la Faculté de droit à l'Université de Neuchâtel

Marie Major

Titulaire du brevet d'avocate, CAS en droit du travail

**Troisième partie : Aspects internationaux et
transfrontaliers (droit fiscal et droit social)**

**Télétravail et fiscalité : application des conventions de double
imposition à un phénomène en plein essor, en particulier
sous l'ère de Covid-19..... 185**

Thierry Obrist

Avocat, professeur à la Faculté de droit à l'Université de Neuchâtel

Trésor-Gauthier M. Kalonji

Docteur en droit, collaborateur scientifique à la chaire de droit fiscal

**Les enjeux du télétravail transfrontalier en matière de droit du travail
et de sécurité sociale..... 213**

Guylaine Riondel Besson

Docteure en droit, spécialiste des questions transfrontalières et
en conseil d'entreprise

Table des abréviations

<i>ab initio</i>	à l'origine, dès le départ
Abs.	Absatz
A-C/EUR	Accord-cadre européen sur le télétravail du 16 juillet 2002
<i>ad</i>	à
AELE	Association européenne de libre-échange
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (= PJA)
al.	alinéa(s)
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999, RS 0.142.112.681
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
art.	article(s)
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (= DTA)
ATA	Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice genevoise
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz (Allemagne)
BEPS	Base erosion and profit shifting (= érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz (Allemagne)
BIT	Bureau international du travail
BO	Bulletin officiel
BYOD	Bring Your Own Device (= apportez votre équipement personnel de communication /AVEC)
c.	considérant(s)
c/	contre
CACI	Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud
CACSSS	Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale (France)
CAPH	Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève
Cass. ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière (France)
Cass. crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle (France)
Cass. soc.	Cour de cassation, Chambre sociale (France)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCT	convention collective de travail

Table des abréviations

CDI	Conventions de double imposition
CE	Communauté européenne
CEACR	Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (OIT)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
CEEP	Centre européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics
CES	Confédération européenne des syndicats
cf.	confer
CF	Conseil fédéral
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
cit.	cité·e(·s)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJ/GE	Cour de justice genevoise
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CL	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano) du 30 octobre 2007, RS 0.275.12
CLEISS	Centre de Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (= SUVA)
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés (France)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Covid-19	Coronavirus Disease 2019 (= maladie à coronavirus 2019)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CR	Commentaire romand
CSE	Comité social et économique
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
C. trav.	Code du travail (France)
DFF	Département fédéral des finances
DLP	Data Loss Prevention (= la prévention des pertes de données)
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage (= ARV)
DTC/BE	Directive sur le télétravail dans l'administration du canton de Berne du 23 octobre 2021

DTC/VS	Directive sur le télétravail dans l'administration du canton de Valais du 26 septembre 2012
DTF	Directives concernant le télétravail dans l'administration fédérale du 19 décembre 2013
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EEE	Espace économique européen
ég.	également
<i>et al./et alii</i>	et les autres personnes
<i>etc./et cetera</i>	et les autres choses
ex.	exemple(s)
FF	Feuille fédérale
FIW	family interference with work
<i>ibid./ibidem</i>	au même endroit
ICT	Information and Communication Technology
<i>id./idem</i>	le même auteur
<i>i.e./id est</i>	c'est-à-dire
<i>i.f./in fine</i>	à la fin
ILO	International Labour Organization (= OIT)
<i>infra</i>	plus bas
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques (France)
ISEOR	Institut de socio-économie des entreprises et de organisations (France)
ITC/BE	Instructions « Travail à domicile et travail mobile dans l'administration cantonale » du canton de Berne du 1 ^{er} janvier 2013
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JO/JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
JT/JdT	Journal des Tribunaux
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels) du 6 octobre 1995, RS 251
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291
let./lit.	lettre(s)
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990, RS 642.14
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990, RS 642.11
<i>loc. cit./loco citato</i>	à l'endroit cité
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 235.1
LPers	Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1

Table des abréviations

LPTP	Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif du 3 octobre 2008, RS 818.31
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail) du 13 mars 1964, RS 822.11
LTrD	Loi fédérale sur le travail à domicile (Loi sur le travail à domicile) du 20 mars 1981, RS 822.31
MC-OCDE	Modèle de Convention fiscale OCDE
N	note(s) marginale(s)
nbp	note de bas de page
NCSC	Centre national pour la cybersécurité
nLPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 révisée, RS 235.1
n°	numéro(s)
not.	notamment
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques (= OECD)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (= OCDE)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFIT	Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication
OFS	Office fédéral de la statistique
OIT	Organisation internationale du travail
OLT 1	Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail du 10 mai 2000, RS 822.111
OLT 3	Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (Protection de la santé) du 18 août 1993, RS 822.113
OLT 5	Ordonnance 5 relative à la loi sur le travail (Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs) du 28 septembre 2007, RS 822.115
ONU	Organisation des nations unies
O-OPers	Ordonnance du DFF concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération du 6 décembre 2001, RS 172.220.111.31
OPers	Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
p./pp.	page/pages
par./para.	paragraphe(s)
PECO	pays de l'Europe centrale et orientale
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique Juridique Actuelle (= AJP)
PTT	Postes, télégraphes et téléphones
RDS	Revue de droit suisse (= ZSR)

réf.	référence(s)
RGPD	Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) du 27 avril 2016
RJB	Revue de la société des juristes bernois (= ZBJV)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RJS	Revue de jurisprudence sociale (France)
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique des lois fédérales (ou cantonales)
RSB	Recueil systématique de la législation bernoise
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTt/GE	Règlement sur le télétravail du canton de Genève du 30 juin 2010, RSG B 5 05.13
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s./ss	suivant/suivants
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SJ	Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (= RDS)
<i>supra</i>	plus haut
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (= CNA)
TAF	Tribunal administratif fédéral <i>ou</i> arrêt non publié du Tribunal administratif fédéral
TC/VD	Tribunal cantonal du canton de Vaud
TC/VS	Tribunal cantonal du canton de Valais
TF	Tribunal fédéral <i>ou</i> arrêt non publié du Tribunal fédéral
TIC	technologies de l'information et de la communication
TNS	travailleur non salarié
TREX	Der Treuhandexperte/L'expert judiciaire
UE	Union européenne
UEAPME	Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises
UNICE	Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe
UPS	Union patronale suisse
VoIP	Voice over Internet Protocol (voix sur protocole Internet)
Vol.	volume(s)
VPN	virtual private network (réseau virtuel privé)
WIF	work interference with family

Table des abréviations

y. c.	y compris
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (= RJB)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (= RDS)

Première partie :

Notion et défis du télétravail

JULIEN BILLARANT

Télétravail et travail à domicile

Sommaire	Page
I. Introduction	2
II. Du contrat de télétravail (ou télétravail exercé dans le cadre du contrat de travail ordinaire)	4
A. Notion	5
1. Le télétravail	5
2. Le télétravail dans le cadre du contrat de travail	6
a) Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public suisse	7
aa) Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public fédéral	7
bb) Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public cantonal	9
cc) Synthèse	10
b) Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit européen	10
c) Définition synthétique du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail	11
B. Les éléments objectivement essentiels	11
1. Une activité exercée, tout ou en partie, en dehors des locaux de service	12
a) Des formes de télétravail relatives au temps de travail par lieu	12
aa) Le télétravail alterné	12
bb) Le télétravail intégral ou isolé	13
b) Des formes de télétravail relatives au lieu même	13
aa) Le télétravail fixe	13
bb) Le télétravail nomade ou mobile	14
cc) Le télétravail collectif	14
2. Un travail effectué avec régularité	14
3. Un travail effectué par le biais des technologies de l'information et de la communication	15
4. Un travail qui aurait pu être effectué dans les locaux de l'employeur	17
5. Des conditions pratiques d'accès à une demande de télétravail	17
C. Des spécificités du télétravail	17
1. Droit d'accès de l'employeur au lieu du télétravail	18
2. Répartition du temps de travail	18
3. Planification et contrôle du travail	18
4. Intégration sociale	19
III. Du contrat de travail à domicile	19
A. Notion	20
1. Base légale	20
2. Une relation de travail approfondie	21
3. Application de la LTr ?	21

B. Les éléments objectivement essentiels	22
1. Le lieu de travail	22
a) Un lieu de travail choisi par le travailleur	23
b) Un lieu de travail extérieur à l'entreprise	23
c) Un lieu de travail fixe	23
2. La réalisation d'un ouvrage	24
3. Une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale	25
C. Une spécificité du contrat de travail à domicile : le recours aux auxiliaires	26
IV. Des convergences et divergences	27
A. Des convergences	27
1. Un travail entrepris à l'extérieur des locaux de l'employeur	27
2. Des activités à haut degré d'autonomie	27
3. L'importance du résultat du travail sur le temps de travail	27
B. Des divergences	28
1. La réalisation d'un ouvrage	28
2. Un cercle différent d'activité	28
3. Un lieu de travail fixe	29
4. Un lieu de travail choisi par le travailleur	29
5. Une exécution du travail avec les membres de la famille	29
6. L'application de la LTrD	29
7. Une plus grande indépendance générale du travailleur à domicile	30
V. Conclusion	31
Bibliographie	33

I. Introduction

Dans le langage courant, on assimile facilement le télétravail et le travail à domicile. Pourtant, toujours selon le sens commun, il est tout à fait possible de télétravailler depuis un train ou un hôtel sans que l'on ne puisse plus parler de travail à domicile. Pourrions-nous toutefois imaginer travailler à domicile sans télétravailler ? D'un point de vue juridique, cela est possible.

Mais pour comprendre cela et pour aborder ce qui fait l'objet de la présente contribution, il convient de définir ce que l'on entend par télétravail et travail à domicile.

D'un côté, le télétravail est une forme d'exécution de la prestation de travail qui possède la particularité de s'opérer en dehors des locaux d'une structure au domicile du télétravailleur ou ailleurs, et qui implique l'utilisation d'outils informatiques et des technologies modernes de l'information et de la communication.

Le télétravail est un mode de réalisation d'une prestation. S'il est bien exercé dans le cadre d'un contrat, il ne constitue pas en tant que tel une relation juridique.

La réalisation sous forme de télétravail d'une prestation s'effectuera certes plus généralement dans le contexte d'un contrat de travail ordinaire, mais cela ne sera pas systématiquement le cas. Un télétravailleur pourra tout à fait entreprendre une activité de télétravail dans le cadre d'un contrat de mandat ou d'entreprise, mais également au travers de formes plus particulières de contrat de travail comme le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347 ss CO) ou le contrat d'agent (art. 418 ss CO), et même dans certains contrats innommés¹.

C'est toutefois le télétravail dans le cadre du contrat de travail ordinaire qui fera l'objet de la présente contribution ; union de deux notions qui créent, à notre sens, une relation de travail spéciale que nous appelons contrat de télétravail et qui constitue une relation de travail approfondie².

De l'autre côté, le travail à domicile est régi par le contrat de travail à domicile prévu aux art. 351 ss CO, soit la seconde relation contractuelle que nous étudierons. Il s'agit d'une relation contractuelle qui vise principalement et historiquement le travail à domicile au sens traditionnel³, soit qui ne concernait à l'origine que des travaux artisanaux ou manufacturiers accomplis par des populations rurales⁴.

Il convient cependant de préciser que le contrat de travail à domicile au sens des art. 351 ss CO ne vise pas ou plus seulement le travail à domicile au sens traditionnel, mais également certaines activités commerciales et techniques, scientifiques ou artistiques impliquant la livraison d'un résultat⁵. Cet élargissement du type d'activités exerçables dans le cadre du contrat de travail à domicile a un réel impact sur le marché du travail et notamment en

¹ Conseil fédéral, 2016, p. 26, n° 6.1.1 ; BEYELER, p. 3 ; PULVER, pp. 14 et 15.

² BILLARANT, pp. 95 ss et 161 ss (*Les relations de travail spéciales se définissent, selon nous, comme des relations de travail possédant ou impliquant l'existence d'éléments objectivement essentiels du contrat de travail ordinaire, mais comportant un nombre supérieur d'éléments objectivement essentiels ou de parties à celui-ci. Les relations de travail spéciales se déclinent donc, conséquemment à cette définition, en deux catégories différentes. Les relations de travail approfondies et les relations de travail complexes. Nous nommons comme relations de travail approfondies, des relations de travail possédant, en sus des quatre éléments objectivement essentiels du contrat de travail ordinaire, des éléments objectivement essentiels supplémentaires. Une relation de travail complexe est, à notre sens, une relation de travail qui n'implique pas seulement l'occurrence d'un contrat de travail entre un employeur et un ou des employés, mais dont l'existence juridique est soumise à la présence d'une ou de plusieurs tierces parties avec lesquelles l'employeur et l'employé possèdent chacun, avec au moins l'une d'entre elles, un lien de fait ou juridique de nature généralement différente de celle d'un contrat de travail*).

³ Conseil fédéral, 2016, p. 12, n° 3.5.

⁴ Conseil fédéral, 2016, pp. 8 et 12, n° 3.1.3 et 4.1.

⁵ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; Conseil fédéral, 2016, p. 30, n° 6.3.2.

matière de télétravail. En effet, dit élargissement tendrait à rendre envisageable⁶ l'application des règles du contrat de travail à domicile au télétravail, ce dernier se distinguant pour le reste très catégoriquement du seul travail à domicile au sens traditionnel, et cela pour des raisons historiques, sociales, économiques et principalement juridiques, bien qu'ils constituent tous deux une forme de travail à distance⁷.

Nous tâcherons donc d'appréhender le concept de contrat de télétravail, soit à notre sens du télétravail exercé dans le cadre d'un contrat de travail (II), puis de définir à son tour ce qu'est un contrat de travail à domicile (III). Enfin, une fois ces deux relations de travail étudiées, nous nous attarderons à analyser leurs convergences et divergences pour mieux en saisir leurs singularités (IV).

II. Du contrat de télétravail (ou télétravail exercé dans le cadre du contrat de travail ordinaire)

Quand bien même la crise sanitaire liée à la Covid-19 a favorisé l'expansion du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail, nous ne bénéficions que de peu de chiffre démontrant son impact sur notre monde du travail suisse et cela en raison d'un trop faible nombre d'enquêtes statistiques sur le télétravail en Suisse ou d'enquêtes ne précisant ou ne délimitant pas assez la notion de télétravail⁸.

Il est toutefois clair que depuis les années 2000, le télétravail s'est grandement développé⁹. Nous savons qu'en 2001, 181'000 télétravailleurs étaient occupés de manière régulière ou occasionnelle, à leur domicile seulement, dans le cadre d'un contrat de travail. En 2004 ils étaient au nombre de 272'000, en 2013 de 594'000, et en 2015 de 697'000¹⁰. Nous savons également qu'en termes de télétravail mobile, *i.e.* de télétravail qui implique un constant changement de lieu de travail pour le salarié sans place de travail fixe, 342'000 personnes étaient concernées en 2001, 380'000 en 2004, 448'000 en 2013 et 477'000 en 2015¹¹. Enfin, on peut retenir qu'en grande partie en raison de la pandémie, si 24,6 % des personnes actives occupées faisaient du télétravail en 2019, 34.1 %, soit 1,5 million de personnes, s'y adonnaient en 2020¹².

⁶ Voir ci-après (cf. Titre IV) notre opposition à cette possibilité.

⁷ Conseil fédéral, 2016, p. 8, n° 3.1.3.

⁸ Télétravail à domicile, 2001-2017 *in* : Tableau OFS, mai 2018 ; Le télétravail à domicile en Suisse, 2001-2015 *in* : Actualités OFS, juin 2016.

⁹ ZEIN, N 3 *ad* art. 351 CO, p. 2748, *in* : Thévenoz/Werro, 2021.

¹⁰ Conseil fédéral, 2016, p. 15, n° 4.2.1.

¹¹ *Idem*, p. 16, n° 4.2.1.

¹² OFS, Télétravail à domicile, 19 avril 2021.

A l'image de notre difficulté à observer statistiquement la présence du contrat de télétravail dans notre monde du travail, l'étude juridique de dite relation de travail est ardue. Les sources de lois réglementant le télétravail entrepris dans le cadre d'un contrat de travail sont quasiment inexistantes au niveau privé.

C'est pour cette raison qu'il nous faudra donc nous tourner vers le droit public fédéral et cantonal afin d'en définir la notion et en déduire ses éléments objectivement essentiels.

Nous examinerons donc, sur la base des lois internationales et nationales (principalement des directives cantonales) à notre disposition, la notion de télétravail dans le cadre du contrat de travail ordinaire (A), ainsi que ses différents éléments objectivement essentiels le composant (B). Nous nous pencherons enfin sur certaines spécificités du contrat de télétravail (C).

A. Notion

Nous allons maintenant aborder la notion de télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire. Pour mieux l'appréhender, nous tâcherons de comprendre, avant toute chose, ce qu'est le télétravail, indépendamment du contrat au travers duquel il s'exerce (1). Ce n'est que dans un deuxième temps que nous aborderons la notion de télétravail dans le cadre d'un contrat de travail, soit le contrat de télétravail (2).

1. Le télétravail

Au sens du rapport du Conseil fédéral sur le télétravail, le télétravail se définit comme un « *travail à distance réalisé à l'aide de moyens de télécommunications, qui peut également être accompli dans les locaux de l'organisation, effectué en principe de manière régulière* »¹³. On constate dans cette définition quatre caractéristiques qui seront par ailleurs reprises ci-après au sein de l'analyse de la notion de télétravail dans le cadre du contrat de travail ordinaire :

- travail à distance,
- par des moyens de télécommunications,
- pouvant être accompli dans les locaux de l'organisation et,
- effectué de manière régulière.

On remarque aussi que le rapport parle d'« *organisation* » et non d'« *employeur* ». La raison est qu'il s'agit ici de la définition la plus large du télétravail qui n'implique

¹³ Conseil fédéral, 2016, p. 12, n° 3.5.

aucunement l'existence d'un contrat de travail. Le télétravail n'est, en lui-même, qu'un cadre de réalisation d'un travail précis, soit un moyen de réaliser une prestation donnée¹⁴.

En effet, comme nous avons pu le voir, un télétravailleur pourrait tout à fait entreprendre une activité de télétravail en dehors d'un contrat de travail, soit dans le cadre d'un contrat de mandat ou d'entreprise, mais également par au travers de formes de contrats plus particulières comme le contrat d'engagement de voyageur de commerce (art. 347 ss CO), le contrat de travail à domicile (art. 351 ss CO), le contrat d'agent (art. 418 ss CO), et même des contrats innommés¹⁵. Ainsi, le télétravail en tant que tel ne constitue ni n'est soumis à aucune réglementation¹⁶, en cela qu'il n'existe qu'au travers d'une relation contractuelle possédant ses propres règles, mais dont les caractéristiques juridiques sont susceptibles d'être affectées par son exercice.

Le rapport du Conseil fédéral sur le télétravail inclut aussi la possibilité d'effectuer du télétravail dans le cadre d'un contrat d'entreprise (ce que défend aussi SABINE STEIGER-SACKMANN)¹⁷ ou d'un contrat de travail à domicile, en raison notamment du fait qu'il arbore, comme élément objectivement essentiel, une prestation de travail¹⁸. DAVID AUBERT avance également que le télétravail peut subsister au sein d'un contrat de travail à domicile en fonction de l'activité exercée¹⁹, bien que BRUNNER, BÜHLER, WAEBER et BRUCHEZ, respectivement MANGOLD et SCHWAAB, soulignent que cela soit très peu probable²⁰.

De notre côté, nous sommes d'avis que ce n'est absolument pas possible, pour le contrat de travail à domicile comme pour le contrat d'entreprise. La liberté d'action, particulièrement dans l'organisation de son temps de travail et dans la direction de sa réalisation, dont devraient bénéficier un travailleur à domicile et un entrepreneur, est incompatible avec le télétravail, forme d'exécution d'une prestation qui subordonne plus grandement l'employé à l'employeur, par l'utilisation des technologies de l'information notamment²¹.

2. Le télétravail dans le cadre du contrat de travail

Définir la notion de télétravail dans le cadre du contrat de travail en Suisse est une tâche difficile. Il n'existe aucune loi fédérale ni cantonale, d'ordre privé ou public, à même d'en

¹⁴ BEYELER, p. 3.

¹⁵ Conseil fédéral, 2016, p. 26, n° 6.1.1.

¹⁶ BEYELER, p. 3.

¹⁷ STEIGER-SACKMANN, p. 301.

¹⁸ Conseil fédéral, p. 26, n° 6.1.1.

¹⁹ AUBERT, N 28 *ad* art. 351a CO, p. 1063, *in* : Dunand/Mahon, 2013.

²⁰ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 *ad* art. 351 à 354 CO, p. 357 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 *ad* art. 351, p. 527.

²¹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 *ad* art. 351, p. 527 ; ENGEL, pp. 436, 437 et 439, n° 4 et 1.

apporter une définition. Pourtant, il s'agit, ou pour le moins, devrait s'agir pour nous d'une relation de travail spéciale (plus exactement d'une relation de travail approfondie)²² qui mériterait d'être réglementée.

A ce titre, il convient de rappeler que toute relation de travail spéciale implique l'existence d'éléments objectivement essentiels. A défaut de les trouver dans le droit privé, c'est vers le droit public suisse que nous nous tournerons et dans une certaine mesure vers le droit européen. Un certain nombre de directives fédérales et cantonales de nature publique présentent une définition complète et pointue du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail et régissent la relation de travail qu'il implique. C'est précisément de ces normes publiques que nous tenterons d'extraire et de déduire l'existence d'éléments objectivement essentiels du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire, à notre sens une relation de travail approfondie qui se doit d'être reconnue en tant que telle.

Nous exposerons donc en premier lieu les diverses définitions retenues par le droit public fédéral et cantonal suisse **(a)**. Nous nous attarderons en second lieu sur la définition avancée par le droit européen dans son Accord-cadre **(b)**. Puis, nous proposerons en dernier lieu, en grande partie sur la base du droit suisse et européen étudiés, une définition synthétique du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire **(c)**.

a) Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public suisse

L'administration fédérale et les administrations cantonales ont développé la notion de télétravail réalisé dans le cadre d'un contrat de travail au travers de directives d'ordre public, soumettant ainsi le personnel de la Confédération et des cantons à ses droits et obligations. Nous commencerons par examiner la notion dans le cadre du droit fédéral *(aa)*, suivi du droit cantonal *(bb)*, puis réaliserons une petite synthèse reprenant les points communs des différentes définitions *(cc)*.

aa) Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public fédéral

Il convient tout d'abord de présenter la base légale fédérale autorisant le télétravail dans le cadre du contrat de travail *(i)*, puis la notion de télétravail dans le cadre du contrat de travail au sens des directives concernant le télétravail dans l'administration fédérale du 19 décembre 2013 *(ii)*.

²² BILLARANT, pp. 95 ss et 161 ss (voir notamment aussi pour les raisons qui justifient le besoin de reconnaissance du télétravail exercé dans le cadre d'un contrat de travail comme une relation de travail approfondie et non comme une seule relation atypique de travail).

i) *Base légale*

La base légale fédérale publique autorisant le télétravail se trouve à l'art. 33 de l'Ordonnance du Département fédéral des Finances concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers)²³. La disposition stipule qu'« [e]n accord avec l'autorité compétente, les employés peuvent effectuer l'ensemble ou une partie de leur travail en dehors de leur place de travail ».

Nous remarquons qu'il s'agit bien là de télétravail exercé dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire, et plus précisément au service de la Confédération, en cela que la disposition parle « d'employés » et qu'elle vise les travailleurs rattachés à l'administration fédérale²⁴.

L'art. 33 O-OPers, ainsi que l'ordonnance qui l'accueille, doivent leur existence à l'art. 116 de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération (OPers) qui stipule qu'« [a]près avoir consulté les autres départements et la Chancellerie fédérale, le DFF édicte les dispositions nécessaires à l'exécution uniforme de la présente ordonnance ».

Enfin, ce même art. 116 OPers trouve lui les causes de son existence à l'art. 37 al. 1 de la Loi sur le personnel de la Confédération (LPers) qui invite le Conseil fédéral à édicter les dispositions d'exécution de la présente loi.

ii) *Directives fédérales*

La notion de télétravail dans le cadre du contrat de travail est définie, en droit public fédéral, dans les directives concernant le télétravail dans l'administration fédérale du 19 décembre 2013 (DTF)²⁵. L'art. 2 DTF expose que : « La notion de télétravail englobe différentes formes de travail où les collaboratrices et collaborateurs s'acquittent d'une partie de leurs tâches en dehors de leur place de travail. Cela peut se faire à leur domicile ou être lié au besoin de mobilité exigé par leur fonction (travail en déplacement, auprès de clients, dans d'autres services fédéraux, dans des centres d'affaires publiques ou lors de voyage de service). La transmission du résultat des travaux et la communication passent généralement par des canaux numériques ».

On retient là plusieurs critères qui nous permettent de mettre en évidence les éléments objectivement essentiels que nous cherchons :

- exercice d'une partie des tâches en dehors de la place de travail,
- utilisation de canaux numériques pour la communication et transmission des résultats.

²³ Art. 3.2 DTF.

²⁴ Art. 1 O-OPers.

²⁵ TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.1.

bb) Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public cantonal

En droit public cantonal, plus d'une douzaine de cantons se sont à ce jour attelés à offrir, au personnel de leur administration, une réglementation sur le télétravail²⁶ ; chiffre qui s'est inévitablement accru en suite de la crise sanitaire liée à la COVID-19. Nous présenterons trois réglementations choisies pour leur contenu juridique riche, détaillé et complémentaire. Le fait qu'elles fassent partie des premières édictées en Suisse est aussi un atout en ce sens que nombre de directives cantonales subséquentes s'en sont inspirées. Nous commencerons par les directives bernoises (*i*), puis genevoises (*ii*), et enfin valaisannes (*iii*).

A noter que dès lors que les directives susmentionnées visent les « *collaborateurs* », c'est-à-dire les employés, nous sommes bien confrontés au télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire.

i) Directives bernoises

A Berne, le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public est réglementé dans la Directive sur le télétravail dans l'administration du canton de Berne du 23 octobre 2012 (DTC/BE), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, ainsi qu'au travers des instructions (au sens de l'art. 9a OPers (RSB 153.011.1)) nommées « *Travail à domicile et travail mobile dans l'administration cantonale* » du 1^{er} janvier 2013 (ITC/BE) (dernière version du 9 juin 2021).

Le télétravail est défini à l'art. 2 de la DTC/BE comme « *une organisation du travail dans laquelle les collaborateurs et collaboratrices exercent leur activité en partie dans les locaux de services et en partie à leur domicile. Il permet de tenir compte de l'aspiration des agents et agentes cantonaux à mieux concilier vie professionnelle et vie privée, des besoins de l'employeur qu'est le Canton de Berne, et de l'allègement nécessaire du trafic aux heures de pointe* ».

Le critère que nous pouvons retenir ici est le suivant : exercice de l'activité de travail en partie dans les locaux de service et en partie à domicile.

ii) Règlement genevois

A Genève, le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public est régi par le Règlement sur le télétravail genevois du 30 juin 2010 (RTt/GE), entré en vigueur le 8 juillet 2010.

²⁶ Conseil fédéral, 2016, p. 12, n° 3.5.

L'art. 2 al. 1 RTt/GE présente le télétravail comme le fait « *d'effectuer régulièrement, en principe à domicile, par l'intermédiaire des technologies de l'information, le travail qui est normalement réalisé dans les locaux de l'État (ci-après : lieu de service ordinaire)* ».

Nous constatons ici deux critères intéressants :

- exécution du travail, réalisé alors normalement dans les locaux de l'employeur, en principe à domicile,
- utilisation des technologies de l'information pour la réalisation de la prestation de travail.

iii) *Directives valaisannes*

Enfin, en Valais, le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit public est traité par les directives concernant le télétravail dans l'Administration cantonale valaisanne du 26 septembre 2012 (DTC/VS), entrées en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2012.

L'art. 1.1 DTC/VS précise que le télétravail « *englobe toutes les activités exercées en dehors du lieu de service ordinaire dans l'Administration cantonale, pour autant qu'il ne s'agisse pas de service extérieur et que cette forme de travail soit appliquée régulièrement. Les moyens techniques d'information et de communication appuient, en règle générale, la mise en œuvre du télétravail* ».

Nous constatons ici les critères suivants :

- activités exercées en dehors du lieu de service ordinaire en lieu et place de celle normalement réalisée à l'intérieur des locaux de l'employeur,
- forme de travail appliquée régulièrement,
- utilisation de moyens techniques d'information et de communication pour réaliser la prestation de travail.

cc) *Synthèse*

Au vu des différentes approches du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire en droit public suisse, nous pouvons retenir, sur la base des définitions exposées ci-dessus, certains critères communs ou complémentaires à même de nous offrir de futurs éléments objectivement essentiels. L'activité doit être exercée au travers d'outils technologiques d'informations et de communications, en dehors des locaux de l'employeur, au domicile ou ailleurs, et de manière régulière.

b) Le télétravail dans le cadre du contrat de travail en droit européen

L'Accord-cadre européen définit, à son art. 2, le télétravail dans le cadre du contrat de travail comme « *une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, 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 ».

Nous pouvons retenir ici les critères suivants :

- utilisation des technologies de l'information,
- travail réalisé hors des locaux de l'employeur alors que réalisable en son sein,
- forme de travail appliquée régulièrement.

c) Définition synthétique du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail

Se basant sur les directives fédérales et cantonales de droit suisse, du droit européen et du rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz sur les conséquences juridiques du télétravail, nous proposons la définition suivante du télétravail dans le cadre d'un contrat de travail : il doit s'agir d'une activité exercée, en principe au travers d'un contrat de travail ordinaire, avec régularité²⁷, qui doit pouvoir techniquement être réalisée dans les locaux de service²⁸ et qui est concrètement entreprise tout ou en partie²⁹ en dehors des dits locaux³⁰, par le biais des technologies de l'information³¹ et de la (télé)communication³².

B. Les éléments objectivement essentiels

En tant que relation de travail approfondie, le contrat de télétravail possède un certain nombre d'éléments objectivement essentiels supplémentaires à ceux du contrat de travail ordinaire. Sur la base de sa définition que nous sommes parvenus à établir et en reprenant donc ses critères arrêtés ci-avant, nous retenons les éléments objectivement essentiels suivants : l'activité doit être exercée, tout ou en partie en dehors des locaux de service (1),

²⁷ Art. 2 A-C/EUR ; 2 al. 1 RTt/GE ; 1.1 DTC/VS ; Conseil fédéral, 2016, pp. 10 et 12, n° 3.2.1 et 3.5 ; BEYELER, p. 3.

²⁸ Art. 2 A-C/EUR ; 2 al. 1 RTt/GE ; Conseil fédéral, 2016, pp. 9 et 12, n° 3.1.4 et 3.5 ; BEYELER, p. 4.

²⁹ Art. 33 O-OPers ; TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.1 ; DUPONT, p. 302, *in* : Dunand/Mahon, 2019.

³⁰ Art. 33 O-OPers ; 2 DTF ; 2 DTC/BE ; 2 al. 1 RTt/GE ; 1.1 DTC/VS ; TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.1 ; Conseil fédéral, 2016, pp. 7 et 12, n° 3.1.1 et 3.5 ; BEYELER, p. 3 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 *ad* art. 351-354 CO, p. 357.

³¹ Art. 2 A-C/EUR ; 2 al. 1^{er} RTt/GE ; Conseil fédéral, 2016, pp. 7 et 12, n° 3.1.2 et 3.5 ; BEYELER, p. 7, n° 3.1.2.

³² Art. 2 DTF ; 1.1 DTC/VS ; TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.2 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 *ad* art. 351, p. 527 ; BUSER/POSCHET/PULVER, p. 3, n° 2.1 ; SANER, p. 5, n° 1.

avec régularité (2) et par le biais des technologies de l'information et de la communication (3). De plus, la prestation effectuée doit être réalisable dans les locaux de l'employeur (4). Enfin, il ne faut pas confondre ces éléments objectivement essentiels avec les conditions pratiques à remplir pour obtenir le droit de travailler en télétravail dans l'administration et qui sont stipulées par certaines directives (5).

1. Une activité exercée, tout ou en partie, en dehors des locaux de service

L'activité du télétravailleur doit s'opérer, en partie du moins³³, en dehors de sa place de travail³⁴, soit à l'extérieur des locaux principaux³⁵ de l'employeur ou de service³⁶, qu'il s'agisse de son siège ou d'une succursale³⁷.

Cette définition, assez générale, laisse place à un certain nombre de formes différentes de réalisation de l'activité de télétravail qui peuvent être liées soit au temps de travail consacré à un ou plusieurs lieux (a), soit au choix du lieu même (b).

a) Des formes de télétravail relatives au temps de travail par lieu

Il existe deux formes différentes de télétravail relatives au temps de travail par lieu : le télétravail alterné (aa) et le télétravail intégral (isolé) (bb).

aa) Le télétravail alterné

Le télétravail alterné constitue la forme de réalisation classique la plus répandue du télétravail³⁸. Celle-ci peut parfois même représenter l'unique forme autorisée à raison du temps de travail³⁹. Elle consiste à effectuer, en alternance, une partie du travail hebdomadaire au lieu de télétravail et l'autre dans les locaux de l'employeur⁴⁰.

Il s'agit de ne pas confondre le télétravail alterné et le télétravail partiel, qui pour ce dernier « se rapportera à l'exécution d'une partie des tâches en dehors du bureau (répondre à des appels, écrire des courriers) et non d'une partie du temps de travail »⁴¹, contrairement à

³³ Art. 33 O-OPers ; TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.1 ; DUPONT, p. 302, *in* : Dunand/Mahon, 2019.

³⁴ Art. 2 DTF ; TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.1 et 2.2.

³⁵ Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.1.1.

³⁶ Art. 2 A-C/EUR ; 2 DTC/BE ; 1.1 DTC/VS ; 2 al. 1 RTu/GE ; BEYELER, p. 3.

³⁷ Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.1.1.

³⁸ Art. 33 O-OPers ; 2 al. 2 RTu/GE ; 1.3 DTC/VS ; TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.1.

³⁹ Art. 2 DTC/BE ; 4 ITC/BE.

⁴⁰ Art. 2 al. 2 RTu/GE ; 1.3 DTC/VS ; DOMENIG, p. 26, n° 87.

⁴¹ Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.2.3.

ce premier. Plus exactement, on ne répartit pas le temps de travail entre deux lieux différents pour une exécution similaire des tâches, mais on répartit le temps de travail entre deux lieux différents en fonction des tâches à effectuer (ex. : les rencontres de clients au bureau et les envois de courriels depuis le domicile). D'une certaine manière, le télétravail partiel implique aussi inévitablement une répartition du temps de travail entre deux lieux différents.

bb) Le télétravail intégral ou isolé

Le télétravail intégral⁴² ou isolé⁴³ (ou encore total ou permanent)⁴⁴, constitue une forme de réalisation exceptionnelle du télétravail tantôt reconnue⁴⁵, tantôt non reconnue⁴⁶, selon les autorités. Cette forme implique de réaliser la prestation de travail exclusivement en dehors des locaux de l'entreprise⁴⁷. Le télétravailleur n'exerce donc jamais son activité sur le lieu de travail de son employeur.

b) Des formes de télétravail relatives au lieu même

Il existe trois formes différentes de télétravail ayant trait au choix du lieu en tant que tel : le télétravail fixe (*aa*), le télétravail nomade (mobile) (*bb*) et le télétravail collectif (*cc*).

aa) Le télétravail fixe

Il s'agit de la forme classique du télétravail quant au lieu d'exécution⁴⁸. Le télétravailleur réalise sa prestation sur une place de travail fixe⁴⁹, déterminée, qui n'est plus à même de changer. Il s'agit généralement du domicile⁵⁰, mais cela pourrait être des télécentres ou bureaux satellites⁵¹.

⁴² Art. 2 al. 3 RTt/GE.

⁴³ Art. 1.3 DTC/VS.

⁴⁴ Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.2.3.

⁴⁵ Art. 33 O-OPers ; 2 al. 2 RTt/GE ; 1.3 DTC/VS ; TAF A- 4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.1 ; STEIGER-SACKMANN, p. 301.

⁴⁶ Art. 2 DTC/BE *a contrario* ; art. 4 ITC/BE.

⁴⁷ Art. 33 O-OPers ; 2 al. 2 RTt/GE ; 1.3 DTC/VS ; TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.1 ; DOMENIG, p. 25, n° 81 et 82.

⁴⁸ Art. 1.3 DTC/VS.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ TF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.2 ; art. 2 DTF ; 2 DTC/BE ; 2 al. 1^{er} RTt/GE ; TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.2 ; SANER, p. 6, n° 1.

⁵¹ Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.1.1.

bb) Le télétravail nomade ou mobile

Le télétravail mobile⁵² ou nomade⁵³ consiste à travailler sans aucune place de travail fixe⁵⁴. Le télétravailleur peut donc travailler en partie depuis chez lui, mais également dans des lieux publics différents, des transports en communs, auprès de clients, dans des centres d'affaires publics, lors de voyages de services, etc.⁵⁵. Il décide en somme librement où il désire réaliser sa prestation⁵⁶.

cc) Le télétravail collectif

Le télétravail collectif consiste à rassembler plusieurs télétravailleurs dans un même lieu de télétravail à des fins de collaborations dans des bureaux satellites⁵⁷. Il est parfois possible d'en trouver une forme évoluée appelée « *Das Nachbarschaftsbüro* » où des employés de différents employeurs travaillent dans un même espace de travail. Ces formes de télétravail permettent une délocalisation du personnel dans des espaces à moindres coûts, généralement proches du domicile du travailleur⁵⁸, et donc souvent éloignés des locaux administratifs officiels de l'employeur.

2. Un travail effectué avec régularité

Afin de reconnaître l'existence d'un contrat de télétravail, il est nécessaire que le télétravail s'effectue sur une base régulière⁵⁹. Nous entendons par là qu'il ne doit pas s'agir d'une activité occasionnelle accomplie ponctuellement pour le compte de l'employeur en dehors des locaux de service, soit de manière sporadique ou irrégulière⁶⁰, mais d'une activité hebdomadaire réalisée sur la base d'une fréquence répétée et identique.

Toutefois, la part que doit prendre le télétravail sur le temps de travail global dépendra des autorités. A titre d'exemple, dans le canton de Genève, « *La part de télétravail est d'au minimum une journée non fractionnée par semaine* », et « *la part du télétravail alterné ne peut dépasser 50 % du temps de travail ordinaire* »⁶¹.

⁵² Art. 1.3 DTC/VS ; DOMENIG, p. 26, n° 86.

⁵³ Art. 2 al. 3 RTu/GE.

⁵⁴ Art. 2 al. 3 RTu/GE ; 1.3 DTC/VS.

⁵⁵ Art. 2 DTF ; TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.2.

⁵⁶ DOMENIG, p. 26, n° 86.

⁵⁷ Art. 1.3 DTC/VS ; DOMENIG, p. 25, n° 83 et 84.

⁵⁸ DOMENIG, p. 25, n° 83.

⁵⁹ Art. 2 A-C/EUR ; 2 al. 1 RTu/GE ; 1.1 DTC/VS ; Conseil fédéral, 2016, pp. 10 et 12, n° 3.2.1 et 3.5 ; BEYELER, p. 3.

⁶⁰ Art. 2 DTC/BE ; 1.1 DTC/VS.

⁶¹ Art. 9 al. 1 et 2 RTu/GE.

A l'inverse, dans le canton du Valais, il n'y a pas d'obligation de réaliser au minimum une journée non fractionnée de télétravail, la part de télétravail pouvant s'accomplir en heures, demi-journées ou journées entières⁶². Cependant, la part de télétravail alternée est également de 50 % maximum⁶³. S'agissant des autres formes de télétravail, les deux cantons ont prévu que l'administration se charge de fixer le temps maximum de télétravail⁶⁴.

Le canton de Berne se borne lui à renvoyer à la réglementation de l'horaire de travail en vigueur pour définir le temps de télétravail⁶⁵ en précisant toutefois qu'une demi-journée minimum par semaine doit être effectuée à domicile⁶⁶, et en avançant que le travail à domicile peut en principe être autorisé pour au maximum 50 % du degré d'occupation⁶⁷.

3. Un travail effectué par le biais des technologies de l'information et de la communication

L'activité de télétravail est une activité du secteur tertiaire⁶⁸, soit « *des activités de service de nature intellectuelle qui peuvent être effectuées par traitement de données* »⁶⁹. Dans le cadre d'un contrat de télétravail, le télétravailleur doit réaliser la prestation qu'il entreprend en dehors des locaux en usant des technologies de l'information⁷⁰ et de la communication⁷¹ (téléphone, télécopie, courrier électronique, internet, intranet⁷²).

L'utilisation de telles technologies permet l'accomplissement de trois actions et besoins distincts : la transmission des données (fruits du travail effectué), la communication avec l'entreprise, et l'accès aux bases de données de l'entreprise⁷³.

La transmission des résultats obtenus par l'activité de télétravail ainsi que la communication avec l'entreprise sont acheminées au travers de canaux numériques⁷⁴. Il

⁶² Art. 4.1 DTC/VS.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Art. 9 al. 2 RTu/GE ; 4.1 DTC/VS.

⁶⁵ Art. 4.1 DTC/BE.

⁶⁶ Art. 1.2 DTC/BE.

⁶⁷ Art. 4 ITC/BE.

⁶⁸ BEYELER, p. 3 ; GUYOT UNGER, p. 3.

⁶⁹ Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.1.2.

⁷⁰ Art. 2 A-C/EUR ; 2 al. 1 RTu/GE ; Conseil fédéral, 2016, pp. 7 et 12, n° 3.1.2 et 3.5 ; BEYELER, p. 7, n° 3.1.2.

⁷¹ Art. 2 DTF ; 1.1 DTC/VS ; TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.2 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 *ad* art. 351, p. 527 ; BUSER/POSCHET/PULVER, p. 3, n° 2.1 ; SANER, p. 5, n° 1 ; ZEIN, N 3 *ad* art. 351 CO, p. 2748, *in* : Thévenoz/Werro, 2021.

⁷² ETTER/SOKOLL, p. 696 ; PULVER, p. 12, n° 2.

⁷³ Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.1.2 ; PULVER, p. 12, n° 2.

⁷⁴ TAF A-4729/2016 du 1^{er} mai 2017, c. 2.2.

devrait également en être de même pour l'accès aux bases de données de l'entreprise. Toutefois, cela présente une importance particulière pour la transmission des résultats. Il ne suffirait pas de réaliser un travail par ordinateur pour en transmettre le résultat via un support matériel comme sur une clef USB ou l'imprimer sur un format papier⁷⁵. Les résultats doivent bien être délivrés par le biais de canaux numériques⁷⁶.

S'il est évident que les activités du secondaire, soit artisanales ou industrielles, qui demandent la réalisation d'un ouvrage n'entrent pas dans le cadre du télétravail⁷⁷, nous estimons cependant que l'usage d'un ordinateur n'est pas un critère en soi, mais qu'il est une conséquence logique de l'obligation d'utilisation de canaux numériques. Il pourrait également s'agir, dans une certaine mesure, d'un smartphone ou d'une tablette⁷⁸.

A noter que la mise à disposition et l'aménagement d'installations logistiques et des infrastructures techniques (ordinateurs, internet, lignes téléphoniques, logiciels, etc.) permettant la communication entre le télétravailleur et l'employeur sont de la responsabilité de ce dernier⁷⁹. Il peut aussi arriver que l'employé soit autorisé, voire obligé d'utiliser ses propres outils pour réaliser sa prestation de travail. Il s'agit là de la notion de BYOD (« *Bring Your Own Device, Apportez vos propres terminaux* ») qui offre la possibilité à l'employé d'utiliser ses instruments privés (téléphones, ordinateurs, tablettes, etc.) pour effectuer sa prestation contractuelle dans un cadre professionnel⁸⁰.

Cette notion est parfois moins intéressante dans le cadre du télétravail, l'employé n'« *apportant* » pas ses outils à son domicile car ceux-ci s'y trouvent déjà. Il est vrai toutefois que celui-ci peut les apporter au bureau pour poursuivre une activité commencée en dehors ou les prendre dans un café ou en transport en commun pour accomplir ses tâches de travail.

Le Canton de Berne prévoit à ce titre que si les unités administratives mettent à la disposition des agents et agentes en travail mobile un accès par internet à leur poste de travail informatique cantonal, il n'existe pas un droit à disposer du même équipement en télétravail qu'au poste de travail dans les locaux de l'administration⁸¹.

⁷⁵ Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.1.2.

⁷⁶ PULVER, p. 12, n° 2.

⁷⁷ Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.1.2 ; BEYELER, p. 3 ; GUYOT UNGER, p. 3.

⁷⁸ Conseil fédéral, 2016, p. 10, n° 3.3.

⁷⁹ Art. 7 A-C/EUR ; 2 DTC/BE ; 14 RTV/GE ; 3.4 DTC/VS.

⁸⁰ FANTI, p. 166, lit. A, *in* : Dunand/Mahon, 2014.

⁸¹ Art. 6.2 ITC/BE.

4. Un travail qui aurait pu être effectué dans les locaux de l'employeur

L'activité exercée dans le cadre du contrat de télétravail doit être une activité qui pourrait, bien qu'elle ne le soit pas, être réalisée dans les locaux de l'entreprise⁸². Toutes activités effectuées par exemple sur un chantier ou en tant que garde forestier ne sauraient entrer dans le cadre du contrat de télétravail⁸³, vu qu'elles ne pourraient être réalisées dans les locaux de services.

5. Des conditions pratiques d'accès à une demande de télétravail

Sans pour autant constituer des éléments objectivement essentiels, certaines administrations appellent à la réalisation d'un certain nombre de conditions afin d'autoriser un travailleur à réaliser sa prestation dans le cadre d'un contrat de télétravail.

Ces règles peuvent varier d'une administration à l'autre, mais on y retrouve par exemple, sous des termes parfois différents, l'obligation que les résultats au lieu du télétravail soient facilement mesurables de manière objective ou encore que la présence physique au lieu de service ordinaire ainsi que le contact direct avec les supérieurs, les collaborateurs, les clients ou d'autres ressources ne soient pas requis en permanence⁸⁴.

Ces règles permettent notamment de garantir que l'activité en question soit réalisable dans le cadre d'un contrat de télétravail et que la mise en œuvre de la prestation sous cette nouvelle forme n'entraîne pas de péjoration de la qualité de celle-ci.

C. Des spécificités du télétravail

Au regard des diverses législations déjà invoquées, le contrat de télétravail présente un certain nombre de spécificités souvent observées. Si ces dernières ne constituent pas des éléments objectivement essentiels et que leur présence dans un contrat ne garantit ou ne contribue pas à l'existence d'un contrat de télétravail, elles forment des droits et des obligations caractéristiques d'un contrat de télétravail.

Nous verrons en premier lieu s'il existe un droit d'accès de l'employeur au lieu de télétravail (1). Nous établirons en second lieu la partie qui décide de la répartition du temps de travail (2). Puis, nous nous pencherons en troisième lieu sur la planification et le contrôle du travail par les parties (3) et détaillerons en dernier lieu l'obligation d'intégration sociale de l'employeur (4).

⁸² Art. 2 A-C/EUR ; Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.1.4.

⁸³ Conseil fédéral, 2016, p. 7, n° 3.1.4.

⁸⁴ Art. 7 DTF ; 5 RTu/GE ; 4 DTC/VD ; 2.2 DTC/VS.

1. Droit d'accès de l'employeur au lieu du télétravail

Les personnes ayant un intérêt justifié, soit les supérieurs hiérarchiques ou spécialistes en informatique, devraient pouvoir se rendre sur le lieu de travail du télétravailleur au besoin mais à la suite d'une annonce préalable⁸⁵. Ce droit de l'employeur démontre un besoin d'incorporer le télétravailleur dans l'organisation de l'entreprise et de permettre à ses supérieurs de diriger et contrôler son travail au même titre que s'il effectuait sa prestation dans les locaux de l'état.

2. Répartition du temps de travail

Le télétravailleur est libre de répartir et d'organiser son temps de télétravail sur son lieu de télétravail comme il le souhaite⁸⁶.

A Genève, toutefois, il est réputé effectuer son travail pendant les heures ordinaires lorsqu'il travaille à son lieu de télétravail⁸⁷. Le canton de Berne est plus strict et impose à son télétravailleur de réaliser son travail en fonction de la législation de l'horaire de travail en vigueur⁸⁸. D'ailleurs, il y est exclu et interdit d'effectuer en même temps des tâches d'ordre privé (p. ex. s'occuper des enfants)⁸⁹.

3. Planification et contrôle du travail

En raison de l'éloignement géographique du télétravailleur par rapport aux locaux de service, il est important que le travail soit correctement préparé et contrôlé.

En ce sens, une planification du télétravail est requise⁹⁰, des objectifs sont fixés et des résultats à atteindre sont déterminés⁹¹.

Afin de vérifier leur respect, des contrôles sont nécessaires par les supérieurs hiérarchiques⁹².

⁸⁵ Art. 8 A-C/EUR ; 3.3 DTC/VS.

⁸⁶ Art. 9 A-C/EUR ; 4.2 DTC/VS.

⁸⁷ Art. 11 al. 4 RT/GE.

⁸⁸ Art. 4.1 DTC/BE ; 5.1 ITC/BE.

⁸⁹ Art. 5.1 ITC/BE.

⁹⁰ Art. 5.1 DTC/BE ; 6.1 ITC/BE ; 2.3 DTC/VS.

⁹¹ Art. 6 RT/GE ; 2.3 DTC/VS.

⁹² Art. 5.1 DTC/BE ; 6 RT/GE ; 2.3 DTC/VS.

4. Intégration sociale

Les législations en matière de télétravail semblent accorder un intérêt prépondérant à ce que le travailleur s'intègre pleinement dans l'entreprise, en raison d'une distance physique et géographique avec les locaux de services de l'employeur⁹³.

L'objectif est double. Il permet tout d'abord au travailleur de bénéficier d'une intégration purement humaine et sociale en rencontrant ses collègues de manière à ne pas se retrouver à l'écart⁹⁴. Il permet ensuite de favoriser aussi la circulation des informations entre collègues travaillant sur le lieu de service ordinaire et télétravailleurs, afin de garantir la bonne marche de l'entreprise⁹⁵.

L'objectif social peut notamment être réalisé par le biais d'événements ou de séances réunissant l'équipe⁹⁶.

III. Du contrat de travail à domicile

Comme nous avons pu l'évoquer ci-avant, le contrat de travail à domicile est une relation contractuelle qui vise principalement et historiquement le travail à domicile au sens traditionnel⁹⁷. Le travail à domicile au sens traditionnel est « *une forme de travail à distance apparue avant la révolution industrielle* »⁹⁸ et l'émergence de l'usine, la fabrique ou l'entreprise qui finirent par centraliser en un lieu commun et unique les activités de productions⁹⁹. Il ne s'agissait à l'origine que de travaux artisanaux ou manufacturiers accomplis par des populations rurales¹⁰⁰ et commandés par des marchands-fabricants qui se procuraient la matière première en amont pour finalement vendre le produit réalisé par leurs travailleurs à domicile¹⁰¹. Les intérêts principaux de ces marchands-producteurs résidaient là où ce système leur permettait de contourner les monopoles détenus par les grandes corporations citadines et d'adapter à la demande l'emploi de la main d'œuvre¹⁰².

⁹³ Art. 9 A-C/EUR ; 4.3 DTF ; 5.1.2 DTC/BE ; 22 RTv/GE ; 6.1 DTC/VS.

⁹⁴ Art. 22 RTv/GE ; 6.1 DTC/VS.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Art. 4.3 DTF.

⁹⁷ Conseil fédéral, 2016, p. 12, n° 3.5.

⁹⁸ Conseil fédéral, 2016, p. 12, n° 3.5.

⁹⁹ Message, 1938, pp. 205 et 206 ; Conseil fédéral, 2016, p. 8, n° 3.1.3.

¹⁰⁰ Conseil fédéral, 2016, pp. 8 et 12, n° 3.1.3 et 4.1.

¹⁰¹ TANNER, p. 1.

¹⁰² Conseil fédéral, 2016, p. 8, n° 3.1.3.

Nous assimilons aujourd'hui de manière générale le travail à domicile, au sens traditionnel, à du travail à domicile effectué dans le secteur secondaire¹⁰³.

Apparu en Suisse à la fin du Moyen-Âge et fer de lance de sa production dans l'industrie textile et dans l'horlogerie jusqu'à la fin du XIX^e siècle, le travail à domicile au sens traditionnel disparaît petit à petit à la suite de l'industrialisation au début du XX^e siècle et ne concerne plus dans les années 1950 qu'une très faible partie de la population¹⁰⁴. On dénombre ainsi 92'162 personnes occupées à domicile en 1950 pour bientôt seulement 29'954 personnes en 1955¹⁰⁵. En 1978, ce ne sont plus que 21'302 personnes occupées qui sont recensées¹⁰⁶, puis 19'447 en 1990 et 10'506 en 2000¹⁰⁷. Plus tard, sont dénombrées, en tant que travailleurs à domicile au sens traditionnel à un taux régulier, 8000 personnes en 2001, 7000 en 2004, et finalement 3000 en 2013¹⁰⁸.

Ici encore et comme exposé ci-avant, il convient de rappeler que le contrat de travail à domicile au sens des art. 351 ss CO ne vise pas ou plus seulement le travail à domicile au sens traditionnel, mais également certaines activités commerciales et techniques, scientifiques ou artistiques impliquant la livraison d'un résultat¹⁰⁹.

Aussi, nous commencerons par analyser la notion de contrat de travail à domicile en tant que telle (**A**), puis nous analyserons en détail les différents éléments objectivement essentiels le composant (**B**). Enfin, nous nous attarderons ensuite brièvement sur une spécificité du contrat de travail à domicile qu'est le recours à des auxiliaires (**C**).

A. Notion

La notion de contrat de travail à domicile, objet principal de notre chapitre, est une notion de droit privé traitée aux art. 351 ss CO. Après un rapide aperçu de la base légale (**1**), nous verrons en quoi il s'agit d'une relation de travail approfondie (**2**) et si la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr) s'y applique (**3**).

1. Base légale

L'art. 351 CO offre une définition du contrat de travail à domicile : « *Par contrat de travail à domicile, le travailleur s'engage à exécuter, seul ou avec l'aide de membres de sa famille*

¹⁰³ *Idem*, p. 12, n° 4.1.

¹⁰⁴ TANNER, p. 1.

¹⁰⁵ Conseil fédéral, 2016, p. 12, n° 4.1.

¹⁰⁶ Message, 1980, p. 288, n° 15.

¹⁰⁷ Conseil fédéral, 2016, pp. 12 et 13, n° 4.1.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 12, n° 4.1.

¹⁰⁹ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; Conseil fédéral, 2016, p. 30, n° 6.3.2.

et contre salaire, du travail pour l'employeur dans son propre logement ou dans un autre local de son choix ».

2. Une relation de travail approfondie

Le contrat de travail à domicile constitue à notre sens une relation de travail approfondie, soit, pour rappel, une relation de travail possédant, en sus des quatre éléments objectivement essentiels du contrat de travail ordinaire, des éléments objectivement essentiels supplémentaires. En effet, si ce contrat présente les caractéristiques du contrat de travail ordinaire, à savoir une prestation de travail, un salaire, un lien de subordination et une durée, il en comporte en sus, de sorte que la définition de l'art. 319 CO ne le sied pas parfaitement¹¹⁰. Ces éléments sont un lieu fixe choisi par l'employé et extérieur aux locaux de l'entreprise, ainsi que la réalisation d'un ouvrage¹¹¹ et cela au travers d'une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale¹¹².

3. Application de la LTr ?

Au sens de l'art. 3 lit. f LTr, la LTr ne s'applique pas aux travailleurs à domicile¹¹³. La notion de travailleurs à domicile viserait ici les législations régissant le travail à domicile au sens traditionnel, c'est-à-dire le contrat de travail à domicile ou la Loi sur le travail à domicile du 20 mars 1981 (LTrD)¹¹⁴. Toutes les personnes au bénéfice de l'une de ces réglementations ne seraient donc pas soumises à la LTr.

Malheureusement, comme vu précédemment, le contrat de travail à domicile ne concerne pas seulement le travail à domicile au sens traditionnel, mais également les activités commerciales et techniques, soit possède un champ d'application vis-à-vis de l'activité exercée plus large que celui de la LTrD¹¹⁵. En effet, s'agissant de cette dernière, on remarque que si l'application personnelle de la LTrD se présente comme particulièrement large (art. 1 al. 1-3 LTrD), touchant notamment les membres de la famille du travailleur occupés par celui-ci, son application quant à l'activité exercée s'en trouve restreinte¹¹⁶. Seuls les travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail à domicile effectuant des « travaux

¹¹⁰ AUBERT, N 16 *ad art.* 351 CO, p. 1060, *in* : Dunand/Mahon, 2013.

¹¹¹ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; AUBERT, N 21 et 24 *ad art.* 351 CO, pp. 1061-1063, *in* : Dunand/Mahon, 2013 ; REHBINDER/STÖCKLI, N 4 *ad art.* 351 CO, p. 707, *in* : Rehbinder/Stöckli, 2014 ; STAEHELIN, N 3 *ad art.* 351 CO, p. 516.

¹¹² ATF 132 V 181, c. 2.2.

¹¹³ GEISER, N 30 *ad art.* 3 LTr, p. 82, *in* : Geiser/Von Kaenel/Wyler.

¹¹⁴ Conseil fédéral, 2016, p. 29, n° 6.2.2.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ AUBERT, N 5 *ad art.* 351 CO, p. 1057, *in* : Dunand/Mahon, 2013.

artisans et industriels accomplis à la main ou à la machine » sont protégés (art. 1 al. 4 LTrD).

Ainsi, il est possible d'être au bénéfice d'un contrat de travail à domicile sans pour autant entrer dans le cadre de la LTrD et donc profiter de ses protections¹¹⁷. Certains travailleurs à domicile se verraient donc refuser l'application de la LTr ainsi que de la LTrD à leur cas.

Aussi, afin d'éviter que des travailleurs à domicile soient démunis de toutes garanties de droit public, le Conseil fédéral soutient que « *la notion de travail à domicile au sens de l'art. 3 lit. f LTr doit être interprétée comme étant identique à celle de la LTrD* » et que « *par conséquent, les travailleurs à domicile au sens des art. 351 ss CO qui ne bénéficient pas de la protection de la LTrD sont soumis aux règles de la LTr* »¹¹⁸.

B. Les éléments objectivement essentiels

Le contrat de travail à domicile possède trois éléments objectivement essentiels supplémentaires vis-à-vis du contrat de travail ordinaire. En premier lieu, le travailleur à domicile exécute son travail dans un lieu fixe qu'il a choisi et qui est extérieur aux locaux de l'entreprise **(1)**¹¹⁹. En second lieu, celui-ci doit réaliser un ouvrage à délivrer à l'employeur et ne se contente pas de mettre sa force de travail au service de ce dernier **(2)**¹²⁰. Enfin, cet ouvrage doit être effectué au travers d'une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale **(3)**¹²¹.

1. Le lieu de travail

Il doit s'agir d'un lieu de travail choisi par le travailleur **(a)**, qui soit extérieur à l'entreprise **(b)** et fixe **(c)**.

¹¹⁷ *Idem*, N 14 *ad* art. 351 CO, p. 1059.

¹¹⁸ Conseil fédéral, 2016, p. 29, n° 6.2.2.

¹¹⁹ TF C 99/00 du 9 avril 2001, c. 2 lit. b ; AUBERT, N 21 *ad* art. 351 CO, pp. 1061 et 1062, *in* : Dunand/Mahon, 2013 ; REHBINDER/STÖCKLI, N 8 *ad* art. 351 CO, p. 711, *in* : Rehbinder/Stöckli, 2014.

¹²⁰ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; AUBERT, N 24 *ad* art. 351 CO, pp. 1061-1063, *in* : Dunand/Mahon, 2013 ; REHBINDER/STÖCKLI, N 4 *ad* art. 351 CO, p. 707, *in* : Rehbinder/Stöckli, 2014 ; STAEHELIN, N 3 *ad* art. 351 CO, p. 516.

¹²¹ ATF 132 V 181, c. 2.2.

a) Un lieu de travail choisi par le travailleur

En vertu de l'art. 351 CO, le travailleur est le seul habilité à choisir le lieu de travail dans lequel il réalisera son ouvrage¹²². En aucun cas, le local ne doit être imposé par l'employeur, même de manière indirecte, sous peine de voir le contrat de travail à domicile requalifié en contrat de travail ordinaire¹²³. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a jugé que l'activité d'une médiatrice occupée à aider les prostituées en leur fournissant notamment conseils et matériels de protection ne pouvait être assimilée à du travail à domicile, bien qu'elle se chargeait de prendre les rendez-vous à son domicile, car la prestation de travail était effectuée dans des cafés ou zones de prostitutions que son employeur déterminait de manière générale et qui, de plus, s'imposaient à ce genre d'activité¹²⁴.

b) Un lieu de travail extérieur à l'entreprise

Le lieu de travail choisi doit être extérieur à l'entreprise employeuse¹²⁵. Il n'est donc pas nécessaire qu'il s'agisse du domicile du travailleur, tant que le local en question n'appartient pas ou n'est pas contrôlé *de jure* ou *de facto* par l'employeur et que celui-ci ne fait pas partie intégrante des structures et de l'organisation de l'entreprise¹²⁶. Il peut notamment s'agir d'un local que le travailleur partagerait avec d'autres¹²⁷.

c) Un lieu de travail fixe

Il est nécessaire que le lieu de travail choisi par le travailleur à domicile reste identique une fois fixé, sous réserve de changements ponctuels¹²⁸. Pour reprendre le cas de la médiatrice exposé ci-dessus, le TF a soulevé que seuls des rendez-vous étaient pris depuis son domicile, mais que son activité principale, soit celle de médiatrice, était déployée en différents lieux¹²⁹. Ainsi, pour constituer un lieu de travail fixe, il faut que l'activité

¹²² TF C 99/00 du 9 avril 2001, c. 2 lit. b ; REHBINDER/STÖCKLI, N 8 *ad art.* 351 CO, p. 711, *in* : Rehbindler/Stöckli, 2014 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 *ad art.* 351, p. 526 ; STAEHELIN, N 4 *ad art.* 351 CO, p. 517.

¹²³ AUBERT, N 22 *ad art.* 351 CO, p. 1062, *in* : Dunand/Mahon, 2013.

¹²⁴ TF C 99/00 du 9 avril 2001, c. 2, lit. c.

¹²⁵ ZEIN, N 7 *ad art.* 351 CO, p. 2749, *in* : Thévenoz/Werro, 2021.

¹²⁶ AUBERT, N 21 *ad art.* 351 CO, pp. 1061 et 1062, *in* : Dunand/Mahon, 2013 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 *ad art.* 351 à 354 CO, p. 357.

¹²⁷ ZEIN, N 7 *ad art.* 351 CO, p. 2749, *in* : Thévenoz/Werro, 2021.

¹²⁸ TF C 99/00 du 9 avril 2001, c. 2 lit. c ; AUBERT, N 23 *ad art.* 351 CO, p. 1062, *in* : Dunand/Mahon, 2013.

¹²⁹ TF C 99/00 du 9 avril 2001, c. 2, lit. c.

principale y soit exercée et donc que le lieu n'accueille pas seulement la réalisation de prestations secondaires ou purement administratives.

2. La réalisation d'un ouvrage

La notion d'ouvrage ne vient pas directement de l'art. 351 CO qui parle uniquement de « *travail* ». Toutefois, l'obligation de l'art. 352 al. 1 CO apporte un éclairage sur ce terme en évoquant le « *produit* » du travail fourni.

En vertu de l'art. 352 al. 1 CO, le travailleur a pour obligation de délivrer à l'employeur, à l'issue du terme convenu, un résultat, soit de réaliser un ouvrage matériel¹³⁰. Il ne suffit pas de mettre sa force de travail au service de l'employeur, mais bien de délivrer un résultat, un objet, un succès tangibles¹³¹. L'importance et la justification d'une telle disposition trouvent leur source dans le fait que l'employeur n'est à même de contrôler le travail effectué qu'une fois que celui-ci lui a été livré¹³².

L'ouvrage ici se démarque de l'ouvrage produit par l'entrepreneur dans le cadre du contrat d'entreprise (art. 363 CO). Au sens de ce dernier, l'ouvrage peut se définir comme le résultat d'une activité de nature intellectuelle ou physique dont la forme peut être matérielle comme pour le contrat de travail à domicile, mais également immatérielle¹³³. Selon l'art. 363 CO et à l'instar du contrat de travail à domicile, nous parlons d'ouvrages matériels pour désigner les ouvrages « *dans lesquels le résultat de l'activité ou du travail se traduit matériellement par une modification de la chose qui en est l'objet* »¹³⁴. A l'inverse, les ouvrages immatériels sont eux les résultats d'un travail principalement intellectuel et qui ne prennent pas forme dans une chose, mais sont accueillis sur un support matériel (image, enregistrement¹³⁵, *cloud*) qui n'est pas à proprement parler constitutif de l'ouvrage, mais simple hôte. Il peut s'agir de l'établissement de plans de constructions, de compositions de textes ou de scénarii de films, ainsi que de l'élaboration d'une traduction¹³⁶, ou encore d'un avis de droit. Le contrat d'entreprise offre donc à l'ouvrage la possibilité d'être matériel ou immatériel, là où le contrat de travail à domicile exige exclusivement un ouvrage matériel.

¹³⁰ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; AUBERT, N 24 *ad* art. 351 CO, p. 1062, *in* : Dunand/Mahon, 2013 ; SUBIJA/DUC, N 12 *ad* art. 351 CO, p. 861 ; STAEHELIN, N 3 *ad* art. 351 CO, p. 516.

¹³¹ REHBINDER/STÖCKLI, N 4 *ad* art. 351 CO, p. 707, *in* : Rehbinder/Stöckli, 2014.

¹³² AUBERT, N 24 *ad* art. 351 CO, pp. 1062 et 1063, *in* : Dunand/Mahon, 2013.

¹³³ ATF 130 III 458, c. 4.

¹³⁴ TERCIER/BIERI/CARRON, p. 476, n° 3519.

¹³⁵ GAUCH, p. 11, n° 33 ; TERCIER/BIERI/CARRON, p. 477, n° 3523.

¹³⁶ GAUCH, p. 11, n° 34.

Bien que l'art. 352 al. 1 CO précise que le travailleur doit commencer à temps son travail, il n'en résulte aucune conséquence si le travail est commencé en retard, mais terminé dans les délais impartis¹³⁷. En effet, l'ouvrage doit être livré au terme prévu dans le contrat. Ce terme n'est cependant juridiquement utile que s'il correspond à la date prévue de livraison¹³⁸. En effet, ce n'est pas à proprement parler la date de fin des rapports de travail qui est déterminante à l'examen du respect de l'obligation de l'employeur, mais bien la date prévue pour la livraison¹³⁹.

3. Une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale

L'ouvrage doit être réalisé au travers d'une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale¹⁴⁰.

Les tâches manuelles et mécaniques doivent permettre la fabrication et la production de biens, le traitement, le perfectionnement et la transformation dans l'industrie et l'artisanat. « *Les travaux de tissage et de broderie, l'assemblage et la finalisation de montres ou la réparation de sacs pour les PTT ou le département militaire fédéral* » étant des cas typiques de contrat de travail à domicile¹⁴¹. Les tâches techniques et commerciales peuvent consister quant à elles en des activités de traductions, de dessins de plans, des tâches journalistiques, scientifiques ou artistiques¹⁴².

BRUNNER, BÜHLER, BRUCHEZ et WAEBER, respectivement MANGOLD et SCHWAAB, élargissent le champ d'application du contrat de travail à domicile, en considérant que toutes les formes de travaux à domicile doivent être prises en compte, incluant par là même les activités de service¹⁴³. Si nous ne sommes pas opposés au principe, sa mise en application nous semble cependant utopique. En effet, il convient ici de rappeler que l'employé se doit de réaliser un ouvrage. Peut-on assister à la réalisation d'un objet tangible dans le cadre d'une activité de service ? Nous sommes d'avis que non : « *une activité de service se caractérise essentiellement par la mise à disposition d'une capacité technique ou intellectuelle. A la différence d'une activité industrielle, elle ne peut pas être décrite par les seules caractéristiques d'un bien tangible acquis par le client* »¹⁴⁴. De plus,

¹³⁷ SUBILIA/DUC, N 4 *ad* art. 352 CO, p. 868.

¹³⁸ AUBERT, N 8 *ad* art. 352 CO, p. 1075, *in* : Dunand/Mahon, 2013.

¹³⁹ *Idem*, N 9 *ad* art. 352 CO, p. 1075.

¹⁴⁰ ATF 132 V 181, c. 2.2.

¹⁴¹ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; TF du 12 novembre 1997, c. 4, lit. b), aa), *in* : DTA 1998, p. 261 ; SUBILIA/DUC, N 6 *ad* art. 351 CO, p. 859.

¹⁴² ATF 132 V 181, c. 2.2 ; Message, 1967, p. 275, lit. d.

¹⁴³ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 *ad* art. 351 à 354 CO, p. 357 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 1 *ad* art. 351, p. 526.

¹⁴⁴ INSEE du 13 octobre 2016, <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1161> (consulté le 7 novembre 2021).

quand bien même une activité de service produirait des objets tangibles comme des dossiers ou des documents physiques, ceux-ci ne pourraient être considérés comme des ouvrages en cela que le résultat du travail effectué par le prestataire de service n'est pas l'objet papier en tant que tel, mais les informations immatérielles qu'il contient.

A noter que, comme mentionnés plus haut, les types d'activités concernées par le contrat de travail à domicile sont plus nombreux que les tâches auxquelles la LTrD s'applique. La notion de « *travail à domicile* » au sens de l'art. 1 al. 1 LTrD y est défini de manière plus restrictive, de sorte qu'un certain nombre de travaux se voient exclus de son champ d'application.

C. Une spécificité du contrat de travail à domicile : le recours aux auxiliaires

En vertu de l'art. 351 al. 1 CO, le travailleur a la possibilité de réaliser son travail « *avec l'aide des membres de sa famille* »¹⁴⁵. Nous avons sciemment choisi de ne pas classer le recours à un auxiliaire comme élément objectivement essentiel du contrat de travail à domicile, mais comme spécificité, celle-ci demeurant une simple possibilité offerte au travailleur et non un critère requis pour qualifier un contrat de travail à domicile.

Ainsi, contrairement à l'obligation générale de l'art. 321 CO du contrat de travail ordinaire qui prévoit que « *le travailleur exécute en personne le travail dont il s'est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances* », le travailleur à domicile a le droit de requérir l'aide d'auxiliaires pour réaliser son ouvrage, si celle-ci n'est pas interdite par le contrat en question. Il doit toutefois s'agir de personnes évoluant dans le lieu où la prestation de travail est effectuée, soit généralement le domicile, à savoir le conjoint, les enfants, ou les parents du travailleur à domicile, voire les enfants du conjoint¹⁴⁶. Le travailleur à domicile ne peut en aucun cas proposer un contrat de travail aux membres de sa famille ou employer des tiers dans le cadre de l'exécution de son travail à domicile, au risque justement de ne plus être considéré comme travailleur à domicile, mais désormais comme employeur¹⁴⁷.

On profitera toutefois de préciser ici que d'autres contrats permettent également l'exécution du travail avec l'aide de membres de famille, voire de tiers, comme dans le cadre du contrat de conciergerie où le concierge se fera souvent assister de son conjoint¹⁴⁸.

¹⁴⁵ WYLER/HEINZER, p. 103.

¹⁴⁶ AUBERT, N 17 *ad* art. 351 CO, p. 1060, *in* : Dunand/Mahon, 2013 ; ENGEL, p. 418, n° 2.

¹⁴⁷ AUBERT, N 18 *ad* art. 351 CO, pp. 1060 et 1061, *in* : Dunand/Mahon, 2013.

¹⁴⁸ WYLER/HEINZER, p. 103.

IV. Des convergences et divergences

Le contrat de travail à domicile et ce que nous appelons contrat de télétravail constituent des contrats, bien qu'en partie similaires, fondamentalement différents et pourtant bien trop souvent confondus. Ensuite et grâce à l'analyse successive de ces deux notions, nous allons tâcher de mettre en exergue les principales convergences (A) et, plus important encore, divergences (B) qu'elles présentent.

A. Des convergences

Nous estimons que le contrat de télétravail et le contrat de travail à domicile présentent trois convergences. Tout d'abord, ils concernent tous deux des activités réalisées en dehors des locaux de service de l'employeur (1). Ensuite, ils impliquent deux activités offrant au travailleur un haut degré d'autonomie (2). Enfin, le résultat du travail réalisé prend une place tout aussi et parfois plus importante que le temps de travail effectué (3).

1. Un travail entrepris à l'extérieur des locaux de l'employeur

Nous l'avons vu, le télétravailleur comme le travailleur à domicile effectuent leur prestation de travail, en partie pour ce premier et intégralement pour ce second, en dehors des locaux de l'entreprise. Il s'agit probablement là de la convergence la plus évidente entre ces deux contrats et qui est à la source de la fréquente assimilation de ces deux relations de travail spéciales pourtant fort différentes.

2. Des activités à haut degré d'autonomie

Les deux contrats offrent au travailleur un haut degré d'autonomie dans la réalisation de sa prestation¹⁴⁹, favorisé indubitablement par la distance géographique entre le lieu d'exécution et les locaux de l'employeur. Le travailleur n'est que très peu assujéti aux vérifications et surveillances de l'employeur et possède une véritable indépendance dans l'accomplissement de sa prestation, bien que soumis dans une certaine mesure aux instructions de l'employeur.

3. L'importance du résultat du travail sur le temps de travail

Que ce soit dans le cadre du télétravail ou du contrat de travail à domicile, la prestation de travail effectuée en dehors des locaux ordinaires ou à domicile est évaluée, ou tout du moins doit pouvoir l'être, sur la base de résultats¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Art. 5 RTI/GE ; AUBERT, N 2 *ad* art. 351 CO, p. 2142, *in* : Thévenoz/Werro, 2012.

¹⁵⁰ Art. 5, lit. c RTI/GE ; AUBERT, N 24 *ad* art. 351 CO, pp. 1062 et 1063, *in* : Dunand/Mahon, 2013.

Dans le cadre du contrat de travail à domicile, cela semble logique, en ce sens que le travailleur doit réaliser un ouvrage et qu'il sera jugé de la qualité de sa prestation de travail sur celui-ci.

Au niveau du contrat de télétravail, l'obligation de présenter des résultats et de les planifier vise à cadrer l'activité du travailleur et à garantir l'efficacité du mode de réalisation de la prestation de travail¹⁵¹. Le résultat n'est pas, comme dans le contrat de travail à domicile, une conséquence de la nature juridique de la relation de travail, mais un moyen de compenser la distance géographique entre le travailleur et l'employeur ne permettant pas à ce dernier de vérifier régulièrement l'évolution des travaux.

Ainsi, si la raison est différente, les deux contrats présentent une prépondérance de l'importance du résultat du travail réalisé sur les horaires réellement effectués¹⁵².

B. Des divergences

Bien plus que quelques convergences, le contrat de travail à domicile et le contrat de télétravail présentent surtout un nombre important de divergences qui ont trait aux éléments suivants : la réalisation d'un ouvrage (1), un cercle différent d'activités (2), un lieu de travail fixe (3), un lieu de travail choisi par le travailleur (4), une exécution du travail avec les membres de la famille (5), l'application de la LTrD (6), une plus grande indépendance générale du travailleur à domicile (7).

1. La réalisation d'un ouvrage

Nous l'avons vu, le contrat de travail à domicile requiert, en tant qu'élément objectivement essentiel, la réalisation d'un ouvrage, soit d'un objet et résultat¹⁵³ tangible. Le contrat de télétravail, quant à lui, ne l'impose aucunement, et nous pourrions même avancer qu'il ne le permet pas, en cela qu'il ne concerne que les activités du secteur tertiaire¹⁵⁴, soit des activités de services, c'est-à-dire de type intellectuel. Il n'y a donc pas de place pour la réalisation d'un ouvrage dans le cadre du contrat de télétravail.

2. Un cercle différent d'activité

Le contrat de travail à domicile requiert donc la réalisation d'un ouvrage, mais dans le cadre d'activités industrielles, artisanales, techniques ou commerciales. De son côté, le

¹⁵¹ Art. 7.1 DTF.

¹⁵² PERRENOUD, p. 681, lit. A.

¹⁵³ ZEIN, N 12 *ad* art. 351 CO, p. 2751, *in* : Thévenoz/Werro, 2021.

¹⁵⁴ BEYELER, p. 3 ; DA COSTA *in* : MCNCI juillet/août 2014 ; GUYOT UNGER, p. 3.

contrat de télétravail qui n'impose pas de telles productions, ne concerne lui que les activités du secteur tertiaire¹⁵⁵, soit les activités de services, *i.e.* de type intellectuel qui sont à notre sens exclues par le contrat de travail à domicile, en cela notamment qu'elles ne permettent pas la concrétisation d'un ouvrage.

3. Un lieu de travail fixe

Le travailleur à domicile doit posséder un lieu de travail fixe dans lequel il effectue son activité principale. Le télétravailleur a en revanche la possibilité de réaliser son activité dans des lieux différents d'un jour à l'autre (télétravail mobile ou nomade).

4. Un lieu de travail choisi par le travailleur

En vertu de l'art. 351 CO, le travailleur à domicile est le seul habilité à choisir le lieu de travail dans lequel il réalisera son ouvrage¹⁵⁶. En aucun cas, le local ne doit être imposé par l'employeur, même de manière indirecte, sous peine de voir le contrat de travail à domicile requalifié en contrat de travail ordinaire¹⁵⁷. En matière de télétravail, il n'existe aucun élément objectivement essentiel ni obligation de cette sorte.

5. Une exécution du travail avec les membres de la famille

Le travailleur à domicile a la possibilité de réaliser sa prestation « avec l'aide des membres de sa famille » (art. 351 al. 1 CO)¹⁵⁸. A l'inverse de cette règle spéciale qui ne vaut que pour les travailleurs à domicile, le télétravailleur reste soumis à l'art. 321 CO du contrat de travail ordinaire qui implique que « le travailleur exécute en personne le travail dont il s'est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances ».

6. L'application de la LTrD

Comme nous avons pu le voir, la LTrD ne s'applique qu'aux travailleurs au bénéfice d'un contrat de travail à domicile et effectuant des « travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine » (art. 1 al. 4 LTrD). Or, les télétravailleurs réalisent une prestation dans le cadre d'une activité de service, soit de nature intellectuelle. La LTrD ne leur est donc pas applicable¹⁵⁹.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ TF C 99/00 du 9 avril 2001, c. 2 lit. b ; REHBINDER/STÖCKLI, N 8 *ad* art. 351 CO, p. 711, *in* : Rehbinders/Stöckli, 2014 ; STAEHELIN, N 4 *ad* art. 351 CO, p. 517.

¹⁵⁷ AUBERT, N 22 *ad* art. 351 CO, p. 1062, *in* : Dunand/Mahon, 2013.

¹⁵⁸ WYLER/HEINZER, p. 103.

¹⁵⁹ Conseil fédéral, 2016, p. 30, n° 6.3.1 ; BEYELER, p. 3.

7. Une plus grande indépendance générale du travailleur à domicile

Le travailleur à domicile jouit d'une plus forte indépendance générale dans la réalisation et l'organisation de son travail¹⁶⁰, là où le télétravailleur se trouve par exemple soumis à de plus importants contrôles, doit s'engager à être disponible quotidiennement à plus ou moins grandes fréquences selon les directives et parfois même se doit d'accepter la visite d'un supérieur hiérarchique pour superviser le travail si nécessaire.

La raison d'une telle différence de traitement réside, à notre sens, principalement dans le fait que le travailleur à domicile évolue dans des locaux, souvent son propre domicile, qui ne font pas partie intégrante de la structure de l'entreprise, n'appartiennent à cette dernière ni de fait ni de droit et qui ne lui sont aucunement reliés comme dans le cadre du télétravail qui use des moyens de communication pour ce faire. Cette plus forte indépendance du travailleur à domicile viendrait donc en réalité, directement ou indirectement, de l'absence de dépendance spatiale au sein du contrat de travail à domicile, à l'inverse du contrat de télétravail qui s'y trouve soumis.

Il convient aussi, dans une plus petite mesure toutefois, de souligner que la grande indépendance du travailleur à domicile est issue également d'un élément hiérarchique du rapport de subordination plus faible dans le cadre du contrat de travail à domicile¹⁶¹ que dans le cadre d'un contrat de télétravail. En effet, le travailleur à domicile reçoit généralement moins d'instructions que le télétravailleur en raison du fait qu'il possède déjà des compétences nécessaires à la réalisation de l'ouvrage qui dépassent largement celles de l'employeur, comme dans le cadre de la relation entre un maître de l'ouvrage et un entrepreneur dans le contrat d'entreprise¹⁶².

On précisera également ici que l'utilisation d'une connexion internet et d'un réseau digital est possible dans le cadre du contrat de travail à domicile là où elle est nécessaire dans le contrat de télétravail à condition qu'elle ne serve pour ce premier qu'à recevoir ou livrer les résultats par courriel notamment¹⁶³. A défaut, si l'accès pour le travailleur à la tâche qu'il convient d'entreprendre nécessite une connexion au serveur de l'entreprise employeuse, il pourra être considéré que la dépendance spatiale et hiérarchique de

¹⁶⁰ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 *ad art.* 351, p. 526 ; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/ BRUCHEZ, N 1 *ad art.* 351-354 CO, p. 357.

¹⁶¹ AUBERT, N 2 *ad art.* 351 CO, p. 2142, *in* : Thévenoz/Werro, 2012.

¹⁶² CHAIX, N 20 *ad art.* 363 CO, p. 2857, *in* : Thévenoz/Werro, 2021.

¹⁶³ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 *ad art.* 351, p. 527 ; ZEIN, N 13 *ad art.* 351 CO, p. 2751, *in* : Thévenoz/Werro, 2021.

l'employé est trop forte pour constater de l'existence d'un contrat de travail à domicile¹⁶⁴. Un contrat de télétravail pourrait donc être reconnu à la place.

V. Conclusion

Nous l'aurons donc constaté, les notions de télétravail et de travail à domicile sont potentiellement régies par des cadres juridiques bien différents. Toutefois, nous avons aussi constaté qu'elles pouvaient se confondre.

Le télétravail, plus communément réalisé dans le cadre d'un contrat de travail (contrat de télétravail), bien que cela ne soit pas nécessaire, peut tout à fait s'opérer tout ou en partie à domicile. Les deux notions seraient donc à ce niveau quasiment identiques. A l'inverse, le travailleur à domicile pourrait sans autre réaliser du travail à domicile dans le cadre étudié ici d'un contrat de travail à domicile et cela sans pour autant effectuer du télétravail.

On aura aussi pu constater que les notions de contrat de télétravail et de contrat de travail à domicile ne sont pas aisément définissables. Le télétravail exercé dans le cadre d'un contrat de travail n'est pas défini par le droit privé fédéral. Il convient de se référer au droit public fédéral et cantonal pour en dégager ses éléments objectivement essentiels et ses spécificités, ce qui peut interroger lorsque l'on sait qu'il s'agit d'une relation de travail régie en grande partie par le contrat de travail ordinaire de droit privé (art. 319 ss CO).

Si le contrat de travail à domicile ne présente lui pas cette problématique, étant régi aux art. 351 ss CO, c'est le type d'activité rentrant dans son champ d'application qui soulève le plus de questions. Il n'est en effet pas toujours aisé de déterminer ce qui pourrait rentrer dans le cadre d'une activité industrielle, artisanale, technique ou commerciale tout en nécessitant en parallèle la réalisation d'un ouvrage.

Ces curiosités juridiques sont susceptibles de rendre peu prévisibles le régime juridique applicable et ses règles qui en découlent à des cas d'espèce déterminés. Pourtant, nous l'avons vu, la notion de travailleur à domicile, respectivement de contrat de travail à domicile, semble concerner une partie bien plus importante de la population que les statistiques qui ne prennent en compte que le travail à domicile au sens traditionnel ne laisseraient penser. De son côté, le contrat de télétravail a pris une ampleur sans précédent avec la crise sanitaire liée à la COVID 19.

Il conviendrait donc de s'interroger à ce stade sur la nécessité de créer en droit privé un contrat de télétravail, soit un contrat nommé qui présenterait l'avantage d'une distinction

¹⁶⁴ ZEIN, N 13 *ad* art. 351 CO, p. 2751, *in* : Thévenoz/Werro, 2021.

systematique claire avec le contrat de travail à domicile. D'autres intérêts à la création d'une telle relation contractuelle ne sont pas non plus à exclure et seraient à même de faire l'objet d'une autre contribution¹⁶⁵.

¹⁶⁵ BILLARANT (2020), pp. 171 ss, sur la nécessité de considérer le contrat de télétravail comme une relation de travail approfondie et non un contrat atypique de travail.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- BEYELER JEAN-MARC, *Le télétravail in : Questions de droit*, Lausanne 2002.
- BILLARANT Julien, *Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail*, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2020.
- BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, *Commentaire du contrat de travail*, 4^e éd., Lausanne 2019.
- BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., Lausanne 2010.
- BUSER MARTINE/POSCHET LENA/PULVER BERNHARD, *Télématique et nouvelles formes de travail*, Berne 2000.
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message à l'Assemblée fédérale du 8 juillet 1938 sur la protection des ouvriers à domicile*, FF 1938 II 201 (cité : Message, 1938).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message à l'Assemblée fédérale du 25 août 1967 concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail)*, FF 1967 II 249 (cité : Message, 1967).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message du 27 février 1980 concernant la révision de la loi fédérale sur le travail à domicile (Loi sur le travail à domicile)*, FF 1980 II 282 (cité : Message, 1980).
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, Conséquences juridiques du télétravail*, pp. 7 ss (cité : Conseil fédéral, 2016).
- DOMENIG PASCAL, *Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis*, thèse, Berne 2016.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013 (cité : CONTRIBUTEUR, N X *ad* art. X, *in* : Dunand/Mahon, 2013).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Internet au travail*, Zurich 2014 (cité : CONTRIBUTEUR, *in* : Dunand/Mahon, 2014).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (édit.), *Les aspects internationaux du droit du travail*, Zurich 2019 (cité : CONTRIBUTEUR, *in* : Dunand/Mahon, 2019).
- ETTER BORIS/SOKOLL JOHANNES, *Gesundheitsschutz im Homeoffice*, *in* : RSJ 21/2020 (116), pp. 695-704.
- GAUCH PETER, *Le contrat d'entreprise*, (édition française), Zurich 1999.
- GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY, *Loi sur le travail*, Berne 2005.
- GUYOT UNGER OLIVIA, *Le télétravail dans le droit suisse*, 2013, disponible à l'adresse suivante : <https://www.hrtoday.ch/fr/article/le-t-l-travail-dans-le-droit-suisse>.
- PERRENOUD STEPHANIE, *Durées du travail et discrimination* *in* : PJA 2017, p. 657.
- PULVER BERNHARD, *Aspects Juridiques du Télétravail*, Berne 2000.
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, *Berner Kommentar, Art. 319-330b OR, Der Arbeitsvertrag : Der Einzelarbeitsvertrag*, Berne 2010 (cité : REHBINDER/STÖCKLI, N X *ad* art. X, *in* : Rehbinder/Stöckli, 2010).

- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Art. 331-355 OR und Art. 361-362 OR, *Der Arbeitsvertrag : Der Einzelarbeitsvertrag*, Berne 2014 (cité : REHBINDER/STÖCKLI, N X *ad art. X*, *in* : Rehbinders/Stöckli, 2014).
- SANER CORINNE ANDREA, *Telearbeit : Organisationsformen, Rechtsformen*, Zurich 1992.
- STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar, Art. 330b-355 OR, Art. 361-362, *Der Arbeitsvertrag*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.
- STEIGER-SACKMANN SABINE, *Arbeitsrechtlicher Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit*, *in* : DTA 4/2020, p. 300-315.
- SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LUC, *Droit du travail, éléments de droit suisse*, Lausanne 2010.
- TANNER ALBERT, *Travail à domicile*, 24 février 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://www.hls-dhsdss.ch/textes/f/F16213.php>.
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016.
- THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Commentaire romand, Code des Obligations I, Art. 1-529 CO*, 2^e éd., Bâle 2012 (cité : CONTRIBUTEUR, N X *ad art. X*, *in* : Thévenoz/Werro, 2012).
- THEVENOZ LUC/WERRO FRANZ (édit.), *Commentaire romand, Code des Obligations I, Art. 253-529 CO*, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : CONTRIBUTEUR, N X *ad art. X*, *in* : Thévenoz/Werro, 2021).
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019.

ADRIAN BANGERTER/MAIKE E. DEBUS/LAURENZ L. MEIER/
REBEKKA S. STEINER

La psychologie du télétravail : Performance et bien-être des individus et leur entourage

Sommaire	Page
I. Introduction	35
II. L'individu : performance, bien-être et attitudes	39
A. Performance	39
B. Attitudes et bien-être	41
III. Le contexte social au travail : relations sociales entre collègues et leadership	43
A. Relations sociales	43
B. Leadership	44
IV. L'interface entre le travail et la vie privée	46
A. Télétravail et conflits travail-famille : mécanismes sous-jacents	47
B. Télétravail et conflits travail-famille : conditions limites	48
C. Stratégies pour tirer profit du télétravail comme moyen de réduire les conflits travail-famille	49
1. Tactiques de segmentation physiques	50
2. Tactiques de segmentation temporelles	50
3. Tactiques de segmentation comportementales	51
4. Tactiques de segmentation communicatives	51
V. Conclusion	51
Bibliographie	53

I. Introduction¹

La psychologie du travail et des organisations est la discipline scientifique qui étudie le bien-être et la performance des individus au travail. Afin de comprendre ces processus, on

¹ L'introduction de ce chapitre étant dédiée à la présentation de l'approche de la psychologie du travail pour un public de non-spécialistes, une partie du texte de celle-ci est identique au texte de l'introduction de BANGERTER/MEIER/TECARI, qui a la même vocation.

cherche à appréhender les émotions, les pensées et le comportement des individus en fonction de différents facteurs internes ou externes à l'individu. Les facteurs internes à l'individu sont par exemple la personnalité ou l'intelligence, les compétences, ou encore les valeurs et les attitudes. Les facteurs externes à l'individu sont par exemple l'environnement de travail, la culture ou la structure de l'organisation, les relations avec le supérieur ou les collègues ou encore la situation familiale².

La psychologie du travail et des organisations utilise différentes méthodes telles que les questionnaires standardisés qui ont été validés par rapport à des critères objectifs pour mesurer des variables importantes. Les variables mesurées sont ensuite traitées au moyen d'analyses statistiques complexes permettant d'isoler avec précision les effets de causalité dus à des facteurs différents. Par exemple, le stress, le bien-être, le burnout ou encore la fréquence de conflits peuvent tous être mesurés au moyen de questionnaires standardisés. Ces mesures standardisées permettent des comparaisons entre individus (par exemple comparer un individu à une population de référence). Elles permettent aussi de comparer les mesures prélevées chez un même individu au cours du temps. De plus en plus, les technologies mobiles permettent de prendre des mesures à différents moments pendant la journée ou à domicile, ce qui permet de suivre l'évolution de variables comme le stress, le bien-être ou différentes expériences quotidiennes (p. ex. la fréquence et l'intensité des conflits) avec précision. C'est ainsi que la psychologie du travail et des organisations a cumulé des milliers d'études sur des questions importantes comme par exemple les effets du stress sur la santé³, les effets des conflits entre le travail et la vie privée⁴, ou encore les effets de l'insécurité au travail sur l'absentéisme⁵. Beaucoup de ces effets sont documentés sous la forme de méta-analyses, qui sont des synthèses quantitatives des effets (parfois différents) trouvés dans les études semblables. Les méta-analyses permettent d'estimer avec plus de confiance et de généralisabilité l'amplitude d'un effet particulier.

C'est dans cet esprit que la psychologie du travail et des organisations aborde le phénomène du télétravail, qui est défini ici comme une forme alternative de travail où l'individu employé par une organisation effectue une partie des tâches de travail ailleurs que sur la place de travail mise à disposition par l'employeur, en utilisant des technologies de l'information et de la communication (TIC) pour interagir avec les autres membres de l'organisation ou pour accéder à des données et les traiter. En l'occurrence, la grande majorité du temps, « ailleurs » correspond au domicile du travailleur. Du point de vue psychologique, l'effet principal du télétravail est donc de réduire la fréquence des interactions entre le travailleur et ses collègues⁶. La psychologie du travail a étudié les

² MUCHINSKY/HOWES.

³ GANSTER/ROSEN.

⁴ AMSTAD et al.

⁵ STAUFENBIEL/KÖNIG.

⁶ GAJENDRAN/HARRISON.

effets du télétravail sur les performances et le bien-être de l'individu, mais aussi sur les relations sociales au travail (p. ex. avec les superviseurs et les collègues) et sur les relations sociales en dehors du travail, notamment dans quelle mesure le télétravail affecte la vie familiale. Cela est illustré dans la Figure 1.

Dans les études que nous allons passer en revue, la notion de « télétravail » est mesurée principalement de trois manières : (1) On peut comparer les travailleurs bénéficiant d'un arrangement de télétravail avec ceux n'en bénéficiant pas, ou (2) mesurer le nombre d'heures par semaine passée en télétravail, ou encore (3) comparer les mêmes individus lors de journées passées en télétravail et lors de journées passées à travailler dans les locaux de l'organisation (Figure 1).

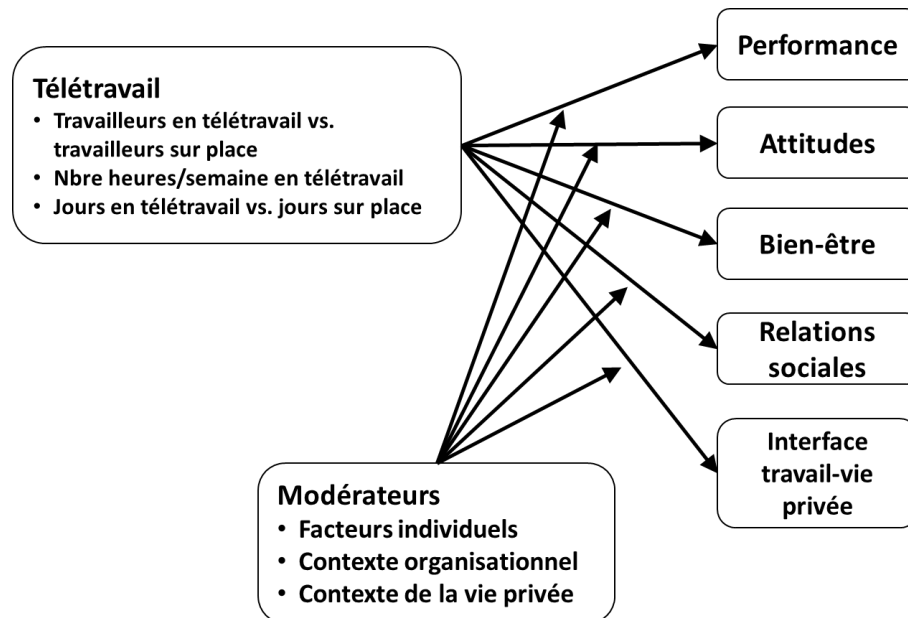


Figure 1. Schéma des effets du télétravail sur des variables liées au travailleur. Les effets peuvent être modérés par des facteurs individuels ou contextuels.

Comme nous le verrons par la suite, pris dans l'absolu, les effets du télétravail sur les variables à droite de la Figure 1 sont souvent faibles. Cela veut dire que les relations entre le télétravail et la performance ou le bien-être sont souvent affectées par d'autres variables, qu'on appelle des *modérateurs*. Ces modérateurs peuvent renforcer, affaiblir, annuler ou même inverser un effet. C'est ainsi que les modérateurs définissent les *conditions-limites*

des effets du télétravail. Par exemple, les effets du temps passé en télétravail sur le vécu d'un individu peuvent dépendre de la situation familiale de celui-ci (facteur individuel) ou encore du soutien du supérieur hiérarchique (contexte de l'organisation). Les effets du télétravail sur le bien-être de l'individu peuvent être positifs si le supérieur soutient le télétravail (variable modératrice) et négatifs si le supérieur ne le soutient pas.

Les variables modératrices jouent un rôle important dans l'étude des effets du télétravail, car elles mettent en lumière d'éventuelles pistes d'intervention par lesquels il est possible d'influencer de manière bénéfique ces effets, ou encore de réduire des effets néfastes.

L'étude psychologique soutenue du télétravail date d'au moins une vingtaine d'années⁷. Le télétravail comme phénomène a lui-même émergé dans les années 1970, lors de la première crise pétrolière mondiale. Aux Etats-Unis, le télétravail s'est également développé en réponse à l'entrée en vigueur de législations visant à limiter et à réduire la pollution de l'air (*Clean Air Act*) ou encore à interdire la discrimination liée à un handicap⁸. L'évènement le plus récent qui favorisera certainement l'essor du télétravail est la pandémie de Covid-19. Avant la pandémie, la Suisse était un pays où le télétravail était encore relativement peu pratiqué. Selon ADLER/SALVI « La proportion de personnes qui travaillent plus de 50 % de leur temps à domicile a diminué, passant de 5,8 % en 2001 à 5,1 % en 2015 »⁹. La pandémie va très probablement changer de manière durable le paysage de travail suisse en ce qui concerne le télétravail. Mais cela ne veut pas forcément dire que les nombreuses expériences faites pendant la pandémie soient généralisables au travail en temps « normal ».

Dans ce chapitre, nous passons en revue la littérature scientifique en psychologie du travail et des organisations à propos des effets du télétravail sur le bien-être et la productivité des travailleurs. Tout d'abord, nous décrivons les effets du télétravail sur l'individu (Sous-chapitre II). Ensuite, nous décrivons les effets du télétravail sur les processus sociaux au travail, en focalisant sur les relations sociales entre collègues et le leadership (Sous-chapitre III). Ensuite, nous examinons les effets du télétravail sur l'interface entre le travail et la vie-privée (Sous-chapitre IV) avant de conclure brièvement (Sous-chapitre V).

⁷ P. ex. FELDMAN/GAINEY.

⁸ ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

⁹ ADLER/SALVI, p. 32.

II. L'individu : performance, bien-être et attitudes

A. Performance

D'un point de vue organisationnel, l'une des questions les plus importantes concernant le télétravail est de savoir si ce dernier nuit ou profite à la performance professionnelle et à d'autres résultats liés au travail, tels que les attitudes professionnelles. Il existe des résultats méta-analytiques d'une légère relation positive entre le travail à distance et la performance au travail (mesurée par le biais des évaluations du superviseur ou des données objectives de performance¹⁰). Si l'on considère la performance telle qu'elle est évaluée par les employés eux-mêmes, le travail à distance ne semble pas avoir de rapport avec la performance. Il est cependant concevable que les employés soient plus critiques dans leurs auto-évaluations de la performance. Sur la base de ces résultats, les auteurs ont conclu que la relation entre le travail à distance et les performances professionnelles pourrait être plus complexe que ce que l'on pensait auparavant – et que la nature du travail lui-même et ses caractéristiques pourraient agir comme des modérateurs dans la relation susmentionnée.

C'est ce qui a été examiné dans une étude plus récente menée auprès de 273 employés et de leurs superviseurs¹¹. Les auteurs ont étudié le rôle de deux caractéristiques d'emploi liées aux connaissances (c'est-à-dire la complexité du travail et la résolution de problèmes) et de deux caractéristiques d'emploi sociales (c'est-à-dire l'interdépendance des tâches et le soutien social) dans la relation entre l'ampleur du télétravail et la performance professionnelle évaluée par le superviseur. L'importance du télétravail a été mesurée comme le pourcentage de temps que les employés passent en télétravail au cours d'une semaine moyenne.

Tout d'abord, la complexité du travail fait référence à la mesure dans laquelle les tâches sont difficiles, multidimensionnelles et impliquent l'utilisation de compétences cognitives de haut niveau. Par rapport aux emplois simples, les emplois complexes exigent des niveaux plus élevés de traitement cognitif en raison de la nécessité accrue d'intégrer et de synthétiser les informations. Les auteurs ont proposé que les personnes occupant des emplois très complexes bénéficient généralement de longues périodes de temps ininterrompues pour mener à bien leur travail. Comme les employés sont susceptibles de subir moins d'interruptions lorsqu'ils travaillent à distance, les auteurs ont supposé que la relation entre le temps passé à distance chaque semaine et la performance professionnelle devrait être plus forte chez les employés occupant des emplois très complexes. Les données ont confirmé cette hypothèse, c'est-à-dire que les employés occupant des emplois

¹⁰ GAJENDRAN/HARRISON.

¹¹ GOLDEN/GAJENDRAN.

très complexes ont bénéficié du travail à distance en ce qui concerne leurs performances professionnelles. Pour les employés occupant des emplois peu complexes, il n'y avait aucune relation entre le temps passé en télétravail et la performance au travail.

Deuxièmement, les auteurs ont proposé que les effets bénéfiques du télétravail sur les performances professionnelles devraient être particulièrement forts dans les emplois caractérisés par un niveau élevé d'activités de résolution de problèmes. Par résolution de problèmes, on entend la mesure dans laquelle un emploi exige de développer en permanence des idées ou des solutions uniques. Etant donné que la résolution de problèmes exige des niveaux élevés de concentration, on a supposé que les employés occupant de tels emplois bénéficieraient particulièrement d'un travail à distance caractérisé par de faibles niveaux d'interruption en ce qui concerne leur performance professionnelle. Cette hypothèse n'a toutefois pas été confirmée par les données, ce qui signifie que les activités de résolution de problèmes ne se sont pas révélées avoir une incidence modératrice sur la relation entre l'importance du télétravail et la performance au travail.

Troisièmement, les auteurs ont proposé que le travail à distance devrait être plutôt bénéfique pour les performances professionnelles dans les emplois où le niveau d'interdépendance au travail est faible. L'interdépendance au travail désigne la mesure dans laquelle les membres d'un groupe de travail comptent les uns sur les autres pour accomplir efficacement leur travail. Les personnes occupant des emplois à haut niveau d'interdépendance doivent continuellement ajuster et modifier leurs tâches en fonction des contributions des autres, ce qui exige un échange d'informations en temps réel et une coordination étroite. En raison de la quantité élevée de communication et de coordination requise dans les emplois à forte interdépendance, les auteurs ont supposé que le télétravail devrait être particulièrement bénéfique pour les employés qui peuvent travailler de manière plus autonome, et qui ont donc de faibles niveaux d'interdépendance. On étudie donc ici le rôle de l'interdépendance comme variable modératrice de la relation entre le télétravail et la performance. Cette proposition a été confirmée par les données, qui ont montré que l'ampleur du travail à distance était positivement liée à la performance professionnelle dans les emplois à faible interdépendance, mais non liée dans les emplois à forte interdépendance.

Enfin, les auteurs ont proposé que le soutien social jouerait également un rôle de variable modératrice, en renforçant la relation entre l'étendue du travail à distance et la performance au travail. Le soutien social sur le lieu de travail désigne la mesure dans laquelle un emploi offre la possibilité d'obtenir des conseils et de l'aide de la part des superviseurs et des collègues. Les emplois qui offrent des niveaux élevés de soutien social offrent de nombreuses possibilités d'obtenir des informations et des ressources de la part des superviseurs et des collègues, ce qui peut faciliter l'exécution des tâches et réduire le stress et l'incertitude des employés. Etant donné que le travail à distance implique probablement moins de contacts avec les collègues au travail (par exemple, pour l'échange

d'informations), les auteurs ont supposé que les travailleurs à distance devraient particulièrement bénéficier de niveaux élevés de soutien social en ce qui concerne leur performance. Or, de manière surprenante, les données ont révélé le schéma exactement inverse. En d'autres termes, il existe une relation positive entre l'ampleur du travail à distance et les performances professionnelles chez les personnes bénéficiant d'un *faible* soutien social. Cette tendance suggère que les employés qui ne bénéficient pas d'un soutien social au travail pourraient profiter de la distance spatiale offerte par le télétravail. En effet, le fait de devoir travailler en face à face avec des collègues qui ne peuvent ou ne veulent pas les aider ou qui sapent activement leurs efforts pourrait nuire à leur performance professionnelle.

Dans l'ensemble, les résultats ci-dessus suggèrent que pour favoriser la performance professionnelle, le travail à distance est particulièrement intéressant dans les emplois caractérisés par des niveaux élevés de complexité, mais de faibles niveaux d'interdépendance au travail et de soutien social. En outre, il semble que le travail à distance ait principalement un impact positif sur les performances dans les emplois présentant des niveaux élevés de complexité. Le fait que l'impact du télétravail sur la performance dépende du type de tâches est conforme aux conclusions d'une étude expérimentale de DUTCHER, dans laquelle le travail à distance a entraîné un gain de productivité de 11 à 20 % pour les tâches créatives, mais une perte de productivité de 6 à 10 % pour les tâches ennuyeuses. Les organisations peuvent tenir compte de ces résultats lorsqu'elles mettent en place des dispositifs de flexibilité du travail.

B. Attitudes et bien-être

Dans la méta-analyse susmentionnée, GAJENDRAN et HARRISON ont également examiné la relation entre le travail à distance et la satisfaction au travail ainsi que l'intention de roulement – et ont constaté que les employés qui ont été autorisés à travailler à distance étaient légèrement plus satisfaits de leur travail et avaient une intention de roulement légèrement inférieure. Concernant le mécanisme sous-jacent à cela, les auteurs ont démontré que les effets bénéfiques du travail à distance étaient principalement dus à des niveaux plus élevés d'autonomie perçue. Selon la théorie de l'autodétermination de RYAN et DECI, les individus ont trois besoins psychologiques fondamentaux qui doivent être satisfaits pour favoriser la motivation et le bien-être, l'un d'entre eux étant le besoin d'autonomie. Ainsi, le fait d'être autorisé à travailler à distance augmente la perception d'autonomie des employés (c'est-à-dire le fait de se sentir capable de décider de la façon

de mener son travail et de se fixer des objectifs), ce qui, à son tour, favorise leur satisfaction au travail, réduit leur intention de quitter leur employeur actuel et améliore leur bien-être¹².

Dans le même ordre d'idées, plusieurs autres études montrent que le travail à distance est lié à un meilleur bien-être psychologique, comme des niveaux inférieurs d'épuisement émotionnel¹³, un symptôme central de l'épuisement professionnel ou *burnout*¹⁴. En outre, les études qui suivent le bien-être des employés sur plusieurs jours montrent que les individus se sentent souvent mieux lorsqu'ils sont en télétravail que lorsqu'ils travaillent au bureau. Plus précisément, les employés font état d'un niveau de stress plus faible et d'un engagement professionnel plus élevé¹⁵, d'une meilleure humeur¹⁶, d'une plus grande satisfaction au travail¹⁷ et d'une moindre fatigue¹⁸ les jours de télétravail par rapport aux jours de non-télétravail. Ainsi, il existe des données fiables suggérant que le travail à domicile peut avoir un impact positif sur le bien-être des travailleurs.

Cependant, la mesure dans laquelle le télétravail pourrait être positivement lié au bien-être dépend également des caractéristiques des employés. Par exemple, ANDERSON et al.¹⁹ ont montré que les employés ayant un niveau élevé d'ouverture (être ouvert d'esprit et curieux ; une caractéristique centrale du modèle de la personnalité des *Big Five*²⁰) réagissent plus positivement au télétravail. En outre, seuls les employés qui sont très connectés et engagés dans des relations sociales en dehors du travail se sentent mieux les jours de télétravail – l'inverse était vrai pour les employés ayant un faible niveau de connexion sociale dans leur vie privée. Les salariés en télétravail ayant relativement peu de contacts sociaux dans leur vie privée peuvent manquer d'interaction avec d'autres personnes et se sentir isolés et seuls dans leur bureau à domicile. Le manque de liens sociaux devient particulièrement problématique pour les employés travaillant exclusivement – ou principalement – à domicile, que ce soit en raison de la politique de l'entreprise ou de la situation de pandémie. Dans une étude récente menée pendant la crise du Covid-19, la fréquence du télétravail était liée à la solitude au travail²¹. A cet égard,

¹² GAJENDRAN et al. ; MÜLLER/NIESSEN.

¹³ P. ex. GOLDEN ; SARDESHMUKH et al.

¹⁴ MASLACH et al.

¹⁵ P. ex. DELANOEIJE/VERBRUGGEN.

¹⁶ ANDERSON et al.

¹⁷ VEGA et al. ; MÜLLER/NIESSEN.

¹⁸ MÜLLER/NIESSEN.

¹⁹ ANDERSON et al.

²⁰ Voir DIGMAN.

²¹ ANDEL/SHEN/ARVAN.

environ un télétravailleur sur cinq indique que la plus grande difficulté à travailler à distance est la solitude²².

Enfin, bien que les employés fassent souvent état d'un meilleur bien-être et d'une plus grande satisfaction lorsqu'ils travaillent à domicile, pour beaucoup d'entre eux, le travail à distance va de pair avec une utilisation accrue des technologies de l'information et de la communication (TIC), telles que les courriels, les chats et les appels vidéo, qui comporte certains risques. Premièrement, si les TIC offrent la possibilité de travailler à distance, elles augmentent également la disponibilité des employés pour les besoins des autres, y compris les superviseurs, les collègues et les clients²³ et, en tant que telles, brouillent les frontières entre le travail et la vie privée (voir sous-chapitre IV). Deuxièmement, une utilisation intense des appels vidéo risque de fatiguer les employés, entraînant ce que l'on appelle souvent la « fatigue Zoom » ou « l'épuisement Zoom »²⁴ en référence à la célèbre interface de réunion virtuelle. Des données récentes suggèrent que les appels vidéo sont plus épuisants que les réunions en personne pour diverses raisons, notamment en raison de la quantité excessive de contact visuel rapproché, de la conscience de soi accrue du fait de se voir constamment, de la charge cognitive plus élevée et de la mobilité physique réduite²⁵. Pour s'attaquer à ce problème et réduire la charge des appels vidéo, les employés peuvent donc (i) réduire la fenêtre vidéo pour minimiser la taille du visage, (ii) cacher leur propre visage sur leur écran, (iii) prévoir des périodes « audio seulement » pour faire une pause et ne pas avoir à être actif sur le plan non verbal, et (iv) faire des pauses régulières pendant et entre les appels vidéo²⁶.

III. Le contexte social au travail : relations sociales entre collègues et leadership

A. Relations sociales

Etant donné que le télétravail revient nécessairement à limiter les contacts entre les employés et d'autres membres d'une organisation, un des risques majeurs qu'il comporte est l'isolement social. C'est un des éléments que les télétravailleurs redoutent le plus,

²² ZEIDNER ; voir aussi MOSS.

²³ BERGMAN/GARDINER.

²⁴ FOSSLIE/DUFFY ; YIANG.

²⁵ BAIENSON ; NESHER SHOSHAN/WEHRT ; SPATARO.

²⁶ BAIENSON ; BENNETT et al.

même s'il ne se concrétise pas forcément dans la réalité²⁷. Les télétravailleurs ont peur d'être exclus des interactions sociales informelles, qui peuvent être très importantes pour le partage de connaissance et l'apprentissage collective. Ils ont également peur de manquer des opportunités d'évolution de carrière due à leur absence physique du lieu de travail²⁸. L'isolement peut également mener à une baisse du niveau d'engagement de la part des travailleurs²⁹.

Au-delà de l'isolement, le télétravail peut affecter les relations sociales entre les travailleurs. La qualité perçue des relations sociales avec les collègues peut être négativement impactée par le télétravail si ce dernier est pratiqué de manière intense. Il est cependant intéressant de constater que des intensités modérées de télétravail n'affectent pas les relations sociales³⁰.

Les collègues des télétravailleurs qui travaillent en présentiel peuvent aussi percevoir de manière négative la nécessité de s'adapter aux télétravailleurs, par exemple le fait de devoir planifier une réunion lors des plages horaires où les télétravailleurs sont présents sur le lieu de travail. Une étude a montré effectivement que la satisfaction au travail des travailleurs en présentiel est corrélée négativement avec le nombre de collègues en télétravail : Plus un travailleur en présentiel a de collègues qui télétravaillent, moins grande sera sa satisfaction³¹.

Bien que le télétravail comporte des risques pour les relations sociales au travail, ceux-ci peuvent être gérés, à la fois par les personnes concernées, et par l'organisation. Les télétravailleurs eux-mêmes peuvent chercher à maintenir les relations sociales de manière active, et le soutien social perçu de la part des collègues et de l'organisation³² peut augmenter la satisfaction et réduire le niveau de stress des télétravailleurs. Cela met en évidence le rôle important du leadership dans la réussite du télétravail.

B. Leadership

Le leadership joue un rôle important pour une mise en place et un fonctionnement réussi du télétravail. Une relation de qualité entre les travailleurs et leur superviseur constitue une ressource importante pour le travailleur. Etant donné que le télétravail diminue la fréquence du contact social avec le superviseur, il pourrait potentiellement nuire à la qualité de cette relation. Cela ne semble cependant pas être le cas de manière générale.

²⁷ BEAUREGARD et al.

²⁸ COOPER/KURLAND.

²⁹ BEAUREGARD et al.

³⁰ GAJENDRAN/HARRISON.

³¹ GOLDEN.

³² BENTLEY et al.

Selon les résultats de la méta-analyse de GAJENDRAN et HARRISON, il y a un lien faiblement positif entre le télétravail et la qualité de la relation avec le superviseur ; autrement dit, le télétravail aurait un léger effet favorable sur la qualité de la relation avec son superviseur. Ce lien est maintenu même à des intensités de télétravail élevées. Il faut cependant faire attention à la direction causale de ce lien ; en effet, une autre interprétation possible pourrait être que les superviseurs ont plus tendance à proposer ou à accorder la possibilité de télétravailler avec des travailleurs avec lesquels ils ont une bonne relation³³. Il est également possible que les subordonnés ayant des superviseurs qui travaillent à distance soient moins satisfaits que des subordonnés ayant des superviseurs travaillant en présentiel³⁴. Bien que ces derniers effets ne soient pas très grands, ils mettent en évidence la nécessité de veiller aux effets potentiellement négatifs du télétravail au-delà du travailleur lui-même.

Les superviseurs ont donc un rôle important à jouer pour favoriser la mise en place réussie du télétravail dans une organisation. La littérature a identifié quatre thèmes importants à cet égard : La confiance dans les employés, la gestion de la performance, la communication et la formation continue³⁵. Premièrement, superviser des employés en télétravail implique de leur faire confiance. Cela veut dire que les superviseurs doivent renoncer à des pratiques de supervision conventionnelles, notamment celles basées sur le fait de « voir » les employés au travail. Les superviseurs qui ont l'habitude de surveiller de manière plus directe le travail de leurs employés (pour vérifier s'ils ont des problèmes, ou s'ils travaillent assez ou trop) peuvent avoir de la peine à accepter le télétravail. Deuxièmement, la gestion de la performance doit évoluer d'un mode d'évaluation basé sur les comportements (ce que l'employé fait au travail) vers un mode d'évaluation basé sur les résultats (la productivité ou les performances objectives de l'employé). Une étude a montré que les employés qui se perçoivent comme étant évalués sur des critères objectifs liés à la performance sont plus satisfaits à des niveaux d'intensité de télétravail élevés que ceux qui ne se perçoivent pas comme étant évalués sur de tels critères³⁶. Troisièmement, les superviseurs doivent apprendre à communiquer différemment avec les employés en télétravail. Cela implique de focaliser surtout sur le partage des informations et moins sur la surveillance du comportement. Les superviseurs qui communiquent les attentes de manière claire et concise (buts, échéances d'une tâche) et qui sont disponibles et atteignables pour soutenir leurs employés en télétravail ont des employés plus satisfaits. Quatrièmement, le télétravail peut être soutenu par la formation continue, qui peut porter sur des thématiques telles que l'utilisation des TIC, la gestion du temps et la gestion de l'interface entre travail et vie privée. La formation continue peut favoriser l'apprentissage

³³ ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

³⁴ GOLDEN/FROMEN.

³⁵ BEAUREGARD et al.

³⁶ VIRICK et al.

et l'utilisation de comportements adéquats, mais constitue également un signal de soutien du télétravail de la part de l'organisation.

IV. L'interface entre le travail et la vie privée

L'intérêt substantiel du public et des scientifiques pour le télétravail a été stimulé par la notion que la flexibilité qui l'accompagne peut aider les individus, et en particulier les familles qui travaillent, à naviguer entre les défis professionnels et familiaux³⁷. Cette idée a trouvé un écho dans un vaste ensemble de recherches étudiant les effets du télétravail sur les résultats travail-famille. Dans le cadre de cette recherche, le conflit travail-famille en tant que résultat du télétravail, a été un sujet d'étude majeur³⁸. Le conflit travail-famille peut être défini comme « une forme de conflit entre les rôles dans lequel les pressions exercées par les domaines professionnel et familial sont mutuellement incompatibles à certains égards »³⁹. Le conflit entre le travail et la famille est généralement considéré comme un phénomène bidirectionnel⁴⁰, c'est-à-dire que deux types de conflits peuvent survenir. D'une part, le travail peut interférer avec la famille (*work interference with family* ou WIF), par exemple lorsque le fait de faire des heures supplémentaires interfère avec la participation à la vie familiale. D'autre part, la famille peut interférer avec le travail (*family interference with work* ou FIW), par exemple lorsque le fait de prendre soin d'un enfant malade interfère avec l'accomplissement des tâches professionnelles.

Le télétravail est susceptible de réduire les conflits travail-famille pour plusieurs raisons : Les employés qui télétravaillent ont plus d'autonomie et de contrôle sur leurs horaires de travail⁴¹, ce qui peut faciliter l'intégration réussie des responsabilités professionnelles et familiales⁴². En outre, lorsqu'ils travaillent à domicile, les employés sont moins exposés aux facteurs de stress liés au bureau, tels que le bruit ou les perturbations causées par leurs collègues, ainsi qu'aux facteurs de stress liés aux déplacements entre le travail et le domicile, comme le fait d'être dans un train bondé. En outre, du fait de leur présence physique à la maison, les employés qui télétravaillent peuvent passer plus facilement du travail à la famille, ce qui peut faciliter l'accomplissement des tâches professionnelles et familiales au cours de la journée. En somme, il existe de multiples raisons de supposer que les employés en télétravail disposent de plus de ressources pour concilier leurs

³⁷ ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

³⁸ ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

³⁹ GREENHAUS/BEUTELL, p. 77.

⁴⁰ MESMER-MAGNUS/VISWESVARAN.

⁴¹ GAJENDRAN/HARRISON.

⁴² P. ex. KELLY et al.

responsabilités professionnelles et familiales⁴³. Cependant, les preuves empiriques permettant de savoir si le télétravail réduit les conflits travail-famille sont moins évidentes. Les études suggèrent plutôt que si le télétravail réduit le WIF, il est en même temps lié à des niveaux plus élevés de FIW⁴⁴.

A. Télétravail et conflits travail-famille : mécanismes sous-jacents

Les niveaux plus faibles de WIF pour les télétravailleurs indiquent que les employés peuvent effectivement utiliser les ressources de travail supplémentaires pour rendre leur travail plus favorable à la famille et l'aligner sur leurs responsabilités familiales⁴⁵. Les niveaux plus élevés de FIW des télétravailleurs suggèrent toutefois d'autres mécanismes sous-jacents. Plus précisément, en raison de la présence physique à la maison, les responsabilités familiales sont particulièrement saillantes, et donc perçues comme particulièrement pertinentes par le télétravailleur. Il est donc plus probable que les télétravailleurs accordent une attention accrue au domaine familial et investissent une plus grande partie de leurs ressources dans l'accomplissement des tâches familiales⁴⁶. En outre, les employés qui travaillent à domicile sont probablement perçus comme plus accessibles et donc disponibles par les autres membres de la famille, tels que le conjoint ou les enfants. Par exemple, on peut s'attendre à ce que le télétravailleur soit le membre de la famille qui va chercher les enfants à la garderie ou qui s'occupe des réparateurs à domicile⁴⁷. En somme, le travail à domicile peut augmenter la quantité et l'importance des responsabilités familiales du télétravailleur, ce qui peut interférer avec ses obligations professionnelles, augmentant ainsi les risques de FIW⁴⁸.

Une autre raison potentielle de la preuve empirique globalement limitée pour l'hypothèse selon laquelle le télétravail réduit les conflits travail-famille, est que le télétravail implique un large chevauchement des sphères de vie et un brouillage des frontières. En effet, dans la mesure où le télétravail consiste à effectuer un travail au sein de sa sphère domestique, il efface la démarcation entre le travail et la maison⁴⁹. Bien que cet effacement des frontières permette aux individus de passer plus facilement et aisément du rôle professionnel au rôle familial, il augmente également le potentiel d'interruptions et de

⁴³ KUNZE et al.

⁴⁴ P. ex. DELANOEIJE et al. ; GOLDEN/VEIGA/SIMSEK.

⁴⁵ KUNZE et al.

⁴⁶ KUNZE et al.

⁴⁷ ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

⁴⁸ ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

⁴⁹ ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

distractions entre les rôles et, par conséquent, favorise les conflits entre le travail et la famille⁵⁰, à tout le moins les conflits entre le travail et la famille.

En outre, NOONAN et GLASS ont suggéré que le télétravail contribue à un renforcement du « schéma de dévotion au travail » (*work-devotion scheme*⁵¹), c'est-à-dire la croyance culturellement enracinée que le travail mérite une attention sans partage et une allégeance intensive⁵². La disponibilité des outils techniques qui permettent aux individus de travailler à domicile (par exemple, les messageries, les courriels) leur permettent également de rester connectés au travail en tout temps, contribuant ainsi à une érosion des heures normales de travail, ce qui peut favoriser les conflits travail-famille. En effet, certaines données empiriques indiquent que la probabilité de faire des heures supplémentaires est plus élevée chez les télétravailleurs que chez les non-télétravailleurs⁵³.

B. Télétravail et conflits travail-famille : conditions limites

Comme nous l'avons décrit ci-dessus, la recherche suggère que le télétravail s'accompagne de niveaux plus faibles de WIF, mais de niveaux plus élevés de FIW. En même temps, la recherche indique également qu'il y a beaucoup d'hétérogénéité associée à la relation entre le télétravail et les conflits travail-famille. En d'autres termes, tous les employés ne connaissent pas le même niveau de WIF ou de FIW lorsqu'ils travaillent à domicile ; les effets du télétravail sur les conflits travail-famille dépendent plutôt de certaines conditions limites. L'une de ces conditions limites qui modère la relation entre le télétravail et les conflits travail-famille est l'intensité du télétravail (c'est-à-dire le nombre de jours par semaine où les employés télétravaillent). Les résultats d'une méta-analyse⁵⁴ indiquent que le télétravail est lié à des niveaux plus faibles de conflits travail-famille pour les employés ayant une intensité de télétravail élevée (c'est-à-dire qui travaillent à domicile 2,5 jours par semaine ou plus), mais n'est pas lié aux conflits travail-famille pour les employés ayant une faible intensité de télétravail (c'est-à-dire qui travaillent moins de 2,5 jours par semaine). De même, l'expérience des employés en matière de télétravail est importante (c'est-à-dire depuis combien de temps les employés utilisent le télétravail). Les résultats de la méta-analyse de GAJENDRAN et HARRISON indiquent que le télétravail réduit les conflits travail-famille dans une plus large mesure pour les employés ayant une plus grande expérience du télétravail (c'est-à-dire qui télétravaillent depuis plus d'un an) par rapport aux employés ayant moins d'expérience du

⁵⁰ ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

⁵¹ Voir aussi ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

⁵² BLAIR-LOY.

⁵³ NOONAN/GLASS ; ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

⁵⁴ GAJENDRAN/HARRISON.

télétravail (c'est-à-dire qui télétravaillent depuis moins d'un an). En somme, ces résultats indiquent que les individus doivent apprendre à capitaliser sur le télétravail⁵⁵ comme moyen de réduire les conflits travail-famille dans le temps et en travaillant relativement fréquemment dans ce mode de travail. Toutefois, la question de savoir si une intensité de télétravail plus élevée est également liée à une diminution des conflits travail-famille pendant la pandémie actuelle de Covid-19, où les conditions dans lesquelles se déroule le travail à domicile ont radicalement changé pour de nombreux employés (par exemple, travail à distance imposé ; enfants restant plus souvent à la maison), reste ouverte.

C. Stratégies pour tirer profit du télétravail comme moyen de réduire les conflits travail-famille

Etant donné que les télétravailleurs exercent à la fois leur travail et leur rôle familial dans l'espace domestique, il devient crucial pour eux de gérer activement les frontières entre les deux domaines de la vie. Dans un premier temps, il semble important que les personnes réfléchissent à la manière dont elles souhaitent segmenter ou intégrer leur vie professionnelle et familiale. La segmentation vise à séparer les sphères de vie (par exemple, ne pas résoudre les problèmes familiaux au travail, ne pas penser au travail à la maison) afin d'éviter que les frontières ne s'estompent. L'intégration signifie que les frontières entre le travail et la famille sont intentionnellement rendues perméables (par exemple, répondre aux courriels professionnels pendant le week-end, passer des appels personnels au travail) afin de pouvoir passer facilement et avec souplesse d'un rôle à l'autre⁵⁶. La segmentation et l'intégration représentent un continuum⁵⁷ et les individus diffèrent dans leurs préférences quant au degré d'intégration ou de séparation qu'ils souhaitent idéalement entre leurs domaines professionnel et familial. Les employés qui peuvent mettre en œuvre la segmentation ou l'intégration qu'ils préfèrent entre le travail et la famille, c'est-à-dire qui ont une meilleure adéquation entre leurs préférences en matière d'intégration ou de séparation et leurs conditions de travail réelles, connaissent moins de conflits entre le travail et la famille⁵⁸. Par exemple, les employés qui utilisaient leur téléphone portable à des fins professionnelles en dehors des heures de travail traditionnelles (p. ex., le soir) ont déclaré avoir moins de conflits travail-famille s'ils avaient une préférence pour l'intégration travail-famille⁵⁹. Ainsi, il semble crucial que les

⁵⁵ ALLEN et al., How effective is telecommuting ?

⁵⁶ P. ex. DE JANASZ et al. ; KUNZE et al.

⁵⁷ P. ex. BULGER et al.

⁵⁸ DERKS et al.

⁵⁹ DERKS et al.

télétravailleurs gèrent activement leurs frontières professionnelles et familiales de manière à ce qu'elles correspondent à leurs préférences en matière de segmentation et d'intégration.

Bien que les préférences individuelles en matière de segmentation et d'intégration aient de l'importance, comme décrit ci-dessus, les recherches indiquent également qu'une intégration trop importante renforce les conflits entre le travail et la famille en raison du potentiel accru d'interruptions et d'interférences entre le travail et la famille, puisque les deux rôles sont joués dans l'espace domestique⁶⁰. Dès lors, les stratégies de segmentation peuvent être un moyen pertinent de réduire les conflits travail-famille pour les télétravailleurs. Les stratégies suivantes peuvent aider à mieux séparer les domaines professionnel et familial et à signaler le passage d'un domaine de vie à l'autre⁶¹.

1. Tactiques de segmentation physiques

Les tactiques de segmentation physique font référence à la mise en place active de frontières physiques entre le travail et la famille. Les frontières physiques peuvent par exemple être établies en créant une zone de travail distincte à la maison (c'est-à-dire un « bureau à domicile ») qui est séparée spatialement des autres zones de la vie familiale. Ainsi, en quittant l'espace associé à un rôle (par exemple, la zone de travail) et en entrant dans l'espace associé à l'autre rôle (par exemple, le salon), les télétravailleurs signalent la sortie d'un rôle (par exemple, le travail) et l'entrée dans l'autre rôle (par exemple, la famille). En outre, des limites physiques supplémentaires entre le travail et la famille peuvent être utilisées, comme la fermeture de la porte ou un panneau « ne pas déranger » à la porte de la zone de travail. Cela peut également servir d'indice physique supplémentaire pour les membres du ménage quant au rôle que joue actuellement le télétravailleur.

2. Tactiques de segmentation temporelles

Les télétravailleurs peuvent également utiliser le temps pour créer des frontières entre leurs rôles professionnels et familiaux et ainsi faciliter les transitions de rôles, par exemple en adhérant à des routines temporelles (par exemple, des horaires de télétravail de routine). Les routines temporelles précisent quand un individu est dans quel rôle et combien de temps il passe dans chaque rôle. Il peut également être utile de communiquer les horaires aux responsables, aux collègues et aux membres de la famille afin d'obtenir un soutien pour les transitions de rôle à des moments spécifiques de la journée. Ces routines quotidiennes peuvent être déterminées par soi-même ou par d'autres personnes, par exemple lorsque l'horaire de travail est déterminé par l'emploi du temps des enfants (par exemple, les routines de la garderie ou de l'école des enfants). Les télétravailleurs peuvent

⁶⁰ METHOT/LEPINE ; PARK et al. ; YANG et al.

⁶¹ FONNER/STACHE ; KREINER et al. ; voir aussi KUNZE et al.

également utiliser des pauses fixes (par exemple, la pause déjeuner) pour segmenter temporellement le travail et la famille et faciliter les transitions de rôle au cours de la journée.

3. Tactiques de segmentation comportementales

Les tactiques comportementales font référence aux comportements et aux activités qui permettent d'établir des frontières entre le travail et la famille. L'une de ces tactiques comportementales est l'utilisation stratégique de la technologie pour marquer les transitions de rôle : Des comportements tels que l'allumage et l'extinction de l'ordinateur portable, l'activation et la désactivation du réseau organisationnel indiquent un changement de rôle pour les télétravailleurs⁶², ainsi que pour les membres de la famille, qui peuvent observer l'utilisation d'équipements tels que les ordinateurs portables et le rôle qui y est associé⁶³, et également pour les collègues qui peuvent éventuellement voir quand le télétravailleur est relié au réseau organisationnel et quand il est déconnecté.

4. Tactiques de segmentation communicatives

Les tactiques de segmentation communicative font référence aux tactiques de gestion des frontières que les télétravailleurs peuvent utiliser dans leurs communications avec les personnes clés dans les domaines professionnel et familial (par exemple, les enfants, les collègues). Les télétravailleurs peuvent par exemple renforcer les frontières entre le travail et la famille et faciliter les transitions de rôle en communiquant de manière proactive leur emploi du temps à leur réseau professionnel et personnel, par exemple en communiquant à leurs collègues et aux membres de leur famille l'heure à laquelle ils commencent à travailler, l'heure à laquelle ils prennent leur pause déjeuner et l'heure à laquelle ils terminent leur journée de travail. Ils créent ainsi des attentes quant à leur disponibilité et à leur rôle, ce qui peut minimiser le risque d'être interrompu par les membres d'un domaine de vie (p. ex. la famille) alors qu'ils sont engagés dans un autre domaine de vie (p. ex. le travail).

V. Conclusion

Le télétravail a des effets sur la performance, le bien-être, les attitudes et les relations sociales des travailleurs, ainsi que sur l'interface entre leur travail et leur vie privée. Ces effets sont complexes. Ils dépendent notamment de plusieurs conditions limites (variables modératrices). Un aspect très important est l'intensité du télétravail. A des niveaux

⁶² KUNZE et al.

⁶³ FONNER/STACHE.

d'intensité élevés, il est nécessaire de faire attention à l'apparition potentielle d'effets négatifs (p. ex. l'isolement social). La complexité des effets du télétravail laisse supposer que sa mise en place réussie dépend d'une gestion proactive de la part des individus concernés et de la part de l'organisation. Les individus peuvent notamment participer activement au maintien de relations d'échange et de soutien avec leurs collègues ou gérer de manière appropriée les domaines du travail et de la famille. L'organisation peut soutenir les télétravailleurs et les travailleurs en présentiel en proposant des politiques d'évaluation de la performance basée sur les résultats, en communiquant de manière appropriée, ou encore en formant les télétravailleurs.

Bibliographie

- ADLER TIBÈRE/SALVI MARCO, Quand les robots arrivent. Préparer le marché du travail à la numérisation, *in* : Avenir Suisse, octobre 2017.
- ALLEN TAMMY D./JOHNSON RYAN C./KIBURZ KAITLIN M./SHOCKLEY KRISTEN M., Work-family conflict and flexible work arrangements : Deconstructing flexibility, *in* : Personnel Psychology 66(2), 2013, pp. 345-376 (cité : ALLEN et al., Work-Family conflict).
- ALLEN TAMMY D./GOLDEN TIMOTHY D./SHOCKLEY KRISTEN M., How effective is telecommuting ? Assessing the status of our scientific findings, *in* : Psychological Science in the Public Interest 16(2), 2015, pp. 40-68 (cité : ALLEN et al., How effective is telecommuting ?).
- AMSTAD FABIENNE T./MEIER LAURENZ L./FASEL URSULA/ELFERING ACHIM/SEMMER NORBERT K., A meta-analysis of work-family conflict and various outcomes with a special emphasis on cross-domain versus matching-domain relations, *in* : Journal of Occupational Health Psychology 16(2), 2011, pp. 151-169.
- ANDEL STEPHANIE A./SHEN WINNY/ARVAN MARYANA L., Depending on your own kindness : The moderating role of self-compassion on the within-person consequences of work loneliness during the COVID-19 pandemic, *in* : Journal of Occupational Health Psychology 26(4), 2021, pp. 276-290.
- ANDERSON AMANDA J./KAPLAN SETH/VEGA RONALD P., The impact of telework on emotional experience : When, and for whom, does telework improve daily affective well-being ?, *in* : European Journal of Work and Organizational Psychology 24(6), 2014, pp. 882-897, disponible à : <https://doi.org/10.1080/1359432x.2014.966086>.
- BAILENSON JEREMY N., Nonverbal overload : A theoretical argument for the causes of Zoom fatigue, *in* : Technology, Mind, and Behavior 2(1), 2021, disponible à : <https://doi.org/10.1037/tmb0000030>.
- BANGERTER ADRIAN/MEIER LAURENZ L./TESCARI MARIE-EVE, Digitalisation, performance et santé des travailleurs : la perspective de la psychologie du travail et des organisations, *in* : Dunand/Mahon/Witzig (édit.), La révolution 4.0 au travail – Une approche multidisciplinaire, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 105-120.
- BEAUREGARD T. ALEXANDRA/BASILE KELLY/CANÓNICO ESTHER/LANDERS RICHARD N., Telework: outcomes and facilitators for employees, *in* : Landers (édit.), The Cambridge Handbook of Technology and Employee Behavior, Cambridge 2019, pp. 511-543.
- BENNETT ANDREW A./CAMPION EMILY D./KEELER KATHERINE R./KEENER SHEILA K., Videoconference fatigue ? Exploring changes in fatigue after videoconference meetings during COVID-19, *in* : Journal of Applied Psychology 106(3), 2021, pp. 330-344, disponible à : <https://doi.org/10.1037/apl0000906>.
- BENTLEY TIM/TEO STEPHEN T. T./MCLEOD L./TAN F./BOSUA R./GLOET M., The role of organisational support in teleworker wellbeing : A socio-technical systems approach, *in* : Applied Ergonomics 52/2016, pp. 207-215.
- BERGMAN ANN/GARDINER JEAN, Employee availability for work and family : Three Swedish case studies, *in* : Employee Relations 29/2007, pp. 400-414.
- BLAIR-LOY MARY, Work devotion and work time, *in* : Epstein/Kalleberg (édit.), Fighting for Time : Shifting Boundaries of Work and Social Life, New York 2004, pp. 262-316.

- BULGER CARRIE A./MATTHEWS RUSSELL A./HOFFMAN MARK E., Work and personal life boundary management : Boundary strength, work/personal life balance, and the segmentation-integration continuum, *in* : Journal of Occupational Health Psychology 12(4), 2007, pp. 365-375.
- COOPER CECILY D./KURLAND NANCY B., Telecommuting, professional isolation, and employee development in public and private organizations, *in* : Journal of Organizational Behavior 23(4), 2002, pp. 511-532.
- DE JANASZ SUZANNE C./KIM SOWON/SCHNEER JOY/BEUTELL NICHOLAS J./WONG CAROL, Work-Family Integration and Segmentation in the Gig Economy : Airbnb Hosts' Challenges and Strategies, *in* : Academy of Management Proceedings 1/2020, p. 20130.
- DELANOEJE JONI/VERBRUGGEN MARIJKE/GERMEYS LYNN, Boundary role transitions : A day-to-day approach to explain the effects of home-based telework on work-to-home conflict and home-to-work conflict, *in* : Human Relations 72(12), 2019, pp. 1843-1868.
- DERKS DAANTJE/BAKKER ARNOLD B./PETERS PASCALE/VAN WINGERDEN PAULINE, Work-related smartphone use, work-family conflict and family role performance : The role of segmentation preference, *in* : Human Relations 69(5), 2016, pp. 1045-1068.
- DIGMAN JOHN M, Personality structure : emergence of the five-factor model, *in* : Annual Review of Psychology 41/1990, pp. 417-440.
- DUTCHER E. GLENN, The effects of telecommuting on productivity : An experimental examination. The role of dull and creative tasks, *in* : Journal of Economic Behavior and Organization 84(1), 2012, pp. 355-363, disponible à : doi:10.1016/j.jebo.2012.04.009.
- FELDMAN DANIEL C./GAINEY THOMAS W., Patterns of telecommuting and their consequences : Framing the research agenda, *in* : Human Resource Management Review 7(4), 1997, pp. 369-388.
- FONNER KATHRYN L./STACHE LARA C., All in a day's work, at home : Teleworkers' management of micro role transitions and the work-home boundary, *in* : New Technology, Work and Employment 27(3), 2012, pp. 242-257.
- FOSSLIE LIZ/DUFFY MOLLIE WEST, How to combat zoom fatigue, *in* : Harvard Business Review 2020, disponible à : <https://hbr.org/2020/04/how-to-combat-zoom-fatigue>.
- GAJENDRAN RAVI S./HARRISON DAVID A., The good, the bad, and the unknown about telecommuting : meta-analysis of psychological mediators and individual consequences, *in* : Journal of Applied Psychology 92(6)/2007, pp. 1524-1541.
- GAJENDRAN RAVI S./HARRISON DAVID A./DELANEY-KLINGER KELLY, Are telecommuters remotely good citizens ? Unpacking telecommuting's effects on performance via i-deals and job resources, *in* : Personnel Psychology 68(2), 2015, pp. 353-393, disponible à : <https://doi.org/10.1111/peps.12082>.
- GANSTER DANIEL C./ROSEN CHRISTOPHER C., Work stress and employee health : A multidisciplinary review, *in* : Journal of Management 39(5), 2013, pp. 1085-1122.
- GOLDEN TIMOTHY D., Avoiding depletion in virtual work : Telework and the intervening impact of work exhaustion on commitment and turnover intentions, *in* : Journal of Vocational Behavior 69(1), 2006, pp. 176-187, disponible à : <https://doi.org/10.1016/j.jvb.2006.02.003>.
- GOLDEN TIMOTHY D./GAJENDRAN RAVI S., Unpacking the role of a telecommuter's job in their performance : Examining job complexity, problem solving, interdependence, and social

- support, *in* : Journal of Business and Psychology 34(1), 2019, pp. 55-69, disponible à : <https://doi.org/10.1007/s10869-018-9530-4>.
- GOLDEN TIMOTHY D./FROMEN ALLAN, Does it matter where your manager works ? Comparing managerial work mode (traditional, telework, virtual) across subordinate work experiences and outcomes, *in* : Human Relations 64(11), 2011, pp. 1451-1475.
- GOLDEN TIMOTHY D./VEIGA JOHN F./SIMSEK ZEKI, Telecommuting's differential impact on work-family conflict : Is there no place like home ? , *in* : Journal of Applied Psychology 91(6), 2006, pp. 1340-1350.
- GREENHAUS JEFFREY H./BEUTELL NICHOLAS J., Sources of conflict between work and family roles, *in* : Academy of Management Review 10(1), 1985, pp. 76-88.
- KELLY ERIN L./MOEN PHYLLIS/TRANBY ERIC, Changing workplaces to reduce work-family conflict : Schedule control in a white-collar organization, *in* : American Sociological Review 76(2), 2011, pp. 265-290.
- KREINER GLEN E./HOLLENSBE ELAINE C./SHEEP MATHEW L., Balancing borders and bridges : Negotiating the work-home interface via boundary work tactics, *in* : Academy of Management Journal 52(4), 2009, pp. 704-730.
- KUNZE FLORIAN/HAMPEL KILIAN/ZIMMERMANN SOPHIA, Homeoffice und mobiles Arbeiten ? Frag doch einfach ! : Klare Antworten aus erster Hand, Stuttgart 2021.
- JIANG MANJU, The reason Zoom calls drain your energy. Remote Control, *in* : BBC, 22 avril 2020, disponible à : <https://www.bbc.com/worklife/article/20200421-why-zoom-video-chats-are-so-exhausting>.
- MASLACH CHRISTINA/SCHAUFELI WILMAR B./LEITER MICHAEL P., Job burnout, *in* : Annual Review of Psychology 52(1), 2001, pp. 397-422, disponible à : <https://doi.org/10.1146/annurev.psych.52.1.397>.
- MESMER-MAGNUS JESSICA/VISWESVARAN CHOCKALINGAM, Convergence between measures of work-to-family and family-to-work conflict : A meta-analytic examination, *in* : Journal of Vocational Behavior 67(2), 2005, pp. 215-232.
- METHOT JESSICA R./LEPINE JEFFERY A., Too close for comfort ? Investigating the nature and functioning of work and non-work role segmentation preferences, *in* : Journal of Business and Psychology 31(1), 2016, pp. 103-123.
- MOSS JENNIFER, All the lonely people, 20 juillet 2019, disponible à : <https://www.shrm.org/hr-today/news/all-things-work/Pages/all-the-lonely-people.aspx>.
- MUCHINSKY PAUL M./HOWES SATORIS S., Psychology applied to work, 12^e éd., Summerfield, NC 2018.
- MÜLLER TERESA/NIESSEN CORNELIA, Self-leadership in the context of part-time teleworking, *in* : Journal of Organizational Behavior 40(8), 2019, pp. 883-898, disponible à : <https://doi.org/10.1002/job.2371>.
- NESHER SHOSHAN HADAR/WEHRT WILKEN, Understanding « Zoom fatigue » : A mixed-method approach, *in* : Applied Psychology, 2021, disponible à : <https://doi.org/10.1111/apps.12360>.
- NOONAN MARY C./GLASS JENNIFER L., The hard truth about telecommuting, *in* : Monthly Labor Review 135/2021, pp. 38-45.
- PARK YOUNGAH/FRITZ CHARLOTTE/JEX STEVE M., Relationships between work-home segmentation and psychological detachment from work : the role of communication

- technology use at home, *in* : Journal of Occupational Health Psychology 16/2011, pp. 457-467.
- RYAN RICHARD M./DECI EDWARD L., Self-determination theory and the facilitation of intrinsic motivation, social development, and well-being, *in* : American Psychologist 55(1), 2000, pp. 68-78, disponible à : <https://doi.org/10.1037/0003-066X.55.1.68>.
- SARDESHMUKH SHRUTI R./SHARMA DHEERAJ/GOLDEN TIMOTHY D., Impact of telework on exhaustion and job engagement : A job demands and job resources model, *in* : New Technology, Work and Employment 27/2012, pp. 193-207.
- SPATARO JARED, The future of work—the good, the challenging & the unknown, 8 juillet 2020, disponible à : <https://www.microsoft.com/en-us/microsoft-365/blog/2020/07/08/future-work-good-challenging-unknown/>.
- STAUFENBIEL THOMAS/KÖNIG CORNELIUS J., A model for the effects of job insecurity on performance, turnover intention, and absenteeism, *in* : Journal of Occupational and Organizational Psychology 83(1), 2010, pp. 101-117.
- VEGA RONALD P./ANDERSON AMANDA J./KAPLAN SETH, A Within-Person Examination of the Effects of Telework, *in* : Journal of Business and Psychology 30(2), 2014, pp. 313-323, disponible à : <https://doi:10.1007/s10869-014-9359-4>.
- VIRICK MEGHNA/DASILVA NANCY/ARRINGTON KRISTI, Moderators of the curvilinear relation between extent of telecommuting and job and life satisfaction : the role of performance outcome orientation and worker type, *in* : Human Relations 63(1), 2010, pp. 137-154.
- YANG JING/ZHANG YUCHENG/SHEN CHUANGANG/LIU SIQI/ZHANG SHANSHAN, Work-family segmentation preferences and work-family conflict : Mediating effect of work-related ICT use at home and the multilevel moderating effect of group segmentation norms, *in* : Frontiers in Psychology 10/2019, Art. 834.
- ZEIDNER RITA, Coronavirus makes work from home the new normal, *in* : Society for Human Resource Management, 21 mars 2020, disponible à : <https://www.shrm.org/hr-today/news/all-things-work/pages/remote-work-has-become-the-new-normal.aspx>

Deuxième partie :

Droits et obligations des parties

MARIE-THÉRÈSE GUIGNARD

Le télétravail sous l'angle du Code des obligations

Sommaire	Page
I. Introduction	60
II. Qualification juridique	61
A. Par rapport à une activité indépendante	61
B. Par rapport au contrat de travail à domicile	63
III. Droits et obligations des parties (questions choisies)	65
A. Généralités	65
B. Introduction et fin du télétravail	66
1. Pas de droit au télétravail	66
a) En général	66
b) Règles spéciales édictées pour lutter contre l'épidémie de Covid-19	67
c) Le télétravail comme alternative à la demeure de l'employeur ou à une mise en quarantaine ou en isolement du travailleur	69
d) La question de l'égalité de traitement	70
aa) Au regard du Code des obligations	70
bb) Au regard de l'ALCP	72
2. Le télétravail peut-il être imposé par l'employeur ?	77
3. Fin du télétravail	79
C. Détermination du lieu de télétravail	80
D. Instruments de travail, matériel et frais	81
1. Dispositions applicables (art. 327 et 327a CO)	81
2. Types de frais visés par l'art. 327 CO et par l'art. 327a CO	82
3. Distinction selon la raison d'être du télétravail	84
a) Cas du télétravail nécessaire ou exigé par l'employeur	84
b) Cas du télétravail facultatif	88
c) Cas du « desksharing »	89
d) Cas du travail à domicile dans le cadre de l'épidémie de Covid-19	89
E. Règles de comportement, horaires, confidentialité	91
1. Règles ordinaires	91
2. Spécificités du télétravail	93
F. Salaire en cas d'empêchement de travailler dû à une perturbation technique ou naturelle au lieu de télétravail	95
IV. Conclusion	97
Bibliographie	99

I. Introduction

Le télétravail tel qu'on l'entend aujourd'hui est une forme relativement récente d'exécution d'une prestation de travail, qui accompagne l'évolution des nouvelles technologies et se caractérise par une prestation de travail exécutée à distance (hors des locaux de l'entreprise ou, plus généralement, de manière décentralisée) en utilisant des moyens informatiques et de télécommunication¹. Le télétravail vise des activités dont l'accomplissement n'est pas lié à un lieu particulier².

Le télétravail n'est qu'un mode de réalisation d'une prestation et n'est pas nécessairement exécuté dans le cadre d'un contrat de travail. Il peut aussi s'accomplir dans le cadre d'un contrat d'entreprise, de mandat, ou d'agence³. Seul le télétravail exécuté dans le cadre d'un contrat de travail est traité ici.

Le Code des obligations ne contient pas de règles spéciales concernant le télétravail, qui ne doit pas être confondu avec le travail à domicile au sens des art. 351 ss CO, même s'il n'est pas exclu que le télétravail puisse dans certains cas particuliers être qualifié de travail à domicile au sens de ces dispositions (*infra* II/B)⁴. Le télétravail n'est pas non plus soumis aux dispositions de la Loi fédérale sur le travail à domicile (LTrD), qui s'applique aux travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine (art. 1 al. 4 LTrD)⁵. Il convient donc d'appliquer les art. 319 ss CO régissant le contrat individuel de travail ordinaire⁶ et les règles figurant éventuellement dans les conventions collectives de travail applicables⁷.

La crise du coronavirus a entraîné une forte augmentation du télétravail à domicile et suscité plusieurs interventions parlementaires visant à réglementer cette forme de travail pour clarifier certains points ou mieux protéger les travailleurs, notamment s'agissant du

¹ Rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, Conséquences juridiques du télétravail, pp. 7 ss (cité : Rapport du CF du 16 novembre 2016) ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 *ad* art. 351 à 354 CO ; WITZIG, pp. 172 s. ; DOMENIG, pp. 20 ss.

² Rapport du CF du 16 novembre 2016, pp. 9 s.

³ BILLARANT, p. 161 ; GEISER, p. 565 ; TSCHANNEN, p. 3.

⁴ Rapport du CF du 16 novembre 2016, pp. 29-31 ; CARCAGNI ROESLER, pp. 77-83 ; BILLARANT, pp. 166, 188-192 ; AUBERT, N 28 *ad* art. 351 CO ; WITZIG, p. 172 ; DOMENIG, pp. 38 ss.

⁵ RS 822.31.

⁶ Rapport du CF du 16 novembre 2016, pp. 28 s. ; PÄRLI/EGGMANN, p. 8 ; DOMENIG, p. 33.

⁷ CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 24 (voir p. ex. l'art. 26 al. 2 de la CCT de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux 2018-2023, l'art. 2.3.4 de la CCT de Swisscom 2018, l'art. 22.2 de la CCT Sunrise UPC Sàrl 2022).

remboursement des frais et du droit à la déconnexion⁸. A ce stade, le Conseil fédéral estime toutefois que le droit privé en vigueur permet de manière générale de répondre aux problèmes nouveaux posés par le télétravail, conformément à l'analyse détaillée qu'il avait effectuée en 2016⁹, et attend de disposer de plus amples connaissances suite à la pandémie avant d'éventuellement intervenir sur cette question sur le plan législatif¹⁰.

II. Qualification juridique

A. Par rapport à une activité indépendante

Le fait que le télétravailleur n'exécute pas son travail dans les locaux de l'entreprise voire dans un lieu fixe, la plus grande flexibilité dont il dispose régulièrement dans ses horaires, ou encore son autonomie dans l'organisation du travail ne sont pas des circonstances qui excluent en elles-mêmes l'existence d'un contrat de travail¹¹. La qualification juridique de la relation contractuelle s'opère en appliquant les critères ordinaires.

Pour le Tribunal fédéral, « le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination, qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel ainsi que, dans une certaine mesure, économique. Le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur ; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée »¹². Le rapport de subordination est plus ou moins étroit selon la nature du travail accompli ; en pratique, les différents aspects caractéristiques de la subordination (temporel, spatial et

⁸ STEIGER-SACKMANN, pp. 300-303 (voir p. ex. le postulat 20.3529 déposé le 4 juin 2020 par Mathias Reynard ; le postulat 20.3646 déposé par Felix Wettstein le 16 juin 2020 ; l'interpellation 20.4029 déposée par Greta Gysin le 21 septembre 2020 ; la motion 21.3139 déposée par Greta Gysin le 11 mars 2021) ; la motion 21.3686 déposée par Daniel Jositsch le 10 juin 2021.

⁹ Rapport du CF du 16 novembre 2016.

¹⁰ Avis du Conseil fédéral du 25 août 2021 sur la motion 21.3686 déposée par Daniel Jositsch le 10 juin 2021. En revanche, il a été décidé de donner suite à l'initiative parlementaire Burkart 16.484 « Assouplir les conditions encadrant le télétravail », qui vise à réviser la LTr.

¹¹ BILLARANT, pp. 192 ss ; CARCAGNI ROESLER, pp. 73 ss ; DOMENIG, pp. 36 s. ; PÄRLI/EGGMANN, p. 8 ; WYLER/ZANDIRAD, pp. 5 s.

¹² TF 4A_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.1 ; TF 4A_10/2017 du 19 juillet 2017, c. 3.1. Voir aussi, entre autres, MEIER, N 10 *ad art.* 319 CO ; DUNAND, N 16 *ad art.* 319 CO ; WITZIG, p. 88.

hiérarchique) ne sont pas toujours réunis au même degré ; « pour mesurer leur rôle, on se fonde sur l'image globale que présente l'intégration de l'intéressé dans l'entreprise »¹³.

Avec la flexibilisation du travail liée à l'utilisation des outils numériques, les critères de subordination temporelle et spatiale doivent être relativisés¹⁴. Le fait que le travailleur ne soit pas présent physiquement dans les locaux de l'entreprise n'exclut pas l'existence d'une dépendance spatiale¹⁵. Le contrat de travail n'implique pas forcément que le travailleur se voie attribuer une place de travail dans un lieu précis, ni que le lieu de travail soit déterminé par l'employeur : le travail peut être effectué dans un lieu choisi par le travailleur lui-même¹⁶. Ainsi, un contrat de travail peut exister même si le travail est intégralement exécuté en dehors des locaux de l'employeur¹⁷ et même si le travailleur choisit librement son lieu de travail.

Il en va de même pour les horaires de travail : comme le relève le Tribunal fédéral, il est devenu plus courant, avec la flexibilisation des relations de travail, de ne pas prévoir d'horaires de travail fixes, mais que les activités soient organisées en fonction de la charge de travail effective¹⁸. Le fait que le travailleur soit libre de déterminer son lieu de travail et ses horaires, de sorte qu'il n'est pas intégré dans une organisation extérieure en termes de temps et de lieu, n'exclut pas à lui seul un contrat de travail, mais constitue seulement un indice en faveur d'un contrat de mandat ou d'agence¹⁹. L'exemple des travailleurs bénéficiant d'un horaire flexible montre que la liberté du travailleur de définir ses horaires n'est pas incompatible avec un contrat de travail²⁰.

¹³ TF 4P.83/2003 du 9 mars 2004, c. 3.2 ; BILLARANT, p. 49.

¹⁴ WYLER/ZANDIRAD, p. 6 (voir les critères de rattachement proposés par ces auteurs en pages 9-13 pour qualifier la nature des rapports liant l'exploitant d'une plateforme numérique, le prestataire qui exécute la prestation et l'utilisateur qui en bénéficie). Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel des prud'hommes de Genève (CAPH) du 9 avril 2010 (JAR 2011, p. 459), c. 2.3 : « *Le droit du contrat de travail est flexible à plusieurs égards : il autorise les parties à convenir de temps de travail très souples. Il autorise le travail à temps partiel (art. 319 al. 2 CO), le travail sur appel – travail fourni en fonction des besoins de l'entreprise couplé ou non à un service de piquet (...); il (...) permet de convenir d'un lieu de travail autre que l'entreprise (...), voire [de] répartir un même poste sur plusieurs personnes – libre à elles de se répartir leurs tâches et temps de mise à contribution (contrat de "jobsharing")* ».

¹⁵ TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 4.4.1 ; BILLARANT, p. 41. Le titre dixième du Code des obligations régleme expressément des formes spéciales de contrat de travail dans lesquelles le travail est exercé hors des locaux de l'employeur (le contrat d'engagement des voyageurs de commerce régi par les art. 347 ss CO, le contrat de travail à domicile régi par les art. 351 ss CO).

¹⁶ TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 4.4.1 ; TF 4A_64/2020 du 6 août 2020, c. 6.3.2 ; BILLARANT, p. 41.

¹⁷ PÄRLI/EGGMANN, p. 10.

¹⁸ TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 4.4.1 ; TF 4C.390/2005 du 2 mai 2006, c. 2.5.

¹⁹ TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 4.4.2.

²⁰ WYLER/ZANDIRAD, p. 6 ; Pour un exemple : TF 4A_227/2016 du 24 octobre 2016.

Le fait que le travailleur dispose d'une large autonomie dans l'organisation du travail n'exclut pas non plus un rapport de travail, comme le montre l'exemple des travailleurs exerçant des professions libérales ou ayant des fonctions dirigeantes²¹.

Ce qui est déterminant, c'est que le travailleur soit intégré dans une organisation qui lui soit extérieure et qu'il reçoive des instructions de supérieurs déterminés²². Dans le cas du télétravail, l'existence d'un lien de subordination dépend donc du degré d'intégration des travailleurs dans l'organisation de l'entreprise²³. Comme cela ressort de l'analyse de BILLARANT²⁴, cette intégration peut résulter notamment du fait qu'une partie du travail est réalisée dans les locaux de l'employeur, de l'utilisation du réseau intranet de l'entreprise, d'un droit d'accès de l'employeur au lieu du télétravail (avec l'accord du travailleur le cas échéant), de la participation à des réunions d'entreprise ou à des entretiens réguliers personnels (à distance ou sur place), de l'exigence d'une présence dans les locaux de l'entreprise en cas de nécessité ou certains jours déterminés, de l'utilisation d'outils, de matériel ou de documents appartenant à l'entreprise, de l'existence de délais pour rendre des travaux ou conclure un dossier, de l'obligation d'être joignable durant certaines heures, de l'absence de risque entrepreneurial. Sont également des indices de dépendance organisationnelle, entre autres, le fait que la partie salariée n'ait pas le droit de refuser ou de choisir les dossiers à traiter, n'émette pas de facture, n'ait pas le droit de collaborer simultanément avec un concurrent²⁵. Le fait que la rémunération soit versée par l'entreprise et que le travailleur ne supporte pas le risque de ducroire ni ne consente d'investissements importants pour l'exercice de son activité sont aussi des indices de l'existence d'un contrat de travail²⁶.

B. Par rapport au contrat de travail à domicile

Les art. 351 à 354 CO régissent le contrat de travail à domicile, défini comme étant celui par lequel le travailleur s'engage à exécuter, seul ou avec l'aide de membres de sa famille et contre salaire, du travail pour l'employeur dans son propre logement ou dans un autre

²¹ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 6 *ad* art. 319 CO ; WYLER/HEINZER, p. 23 ; TF 4A_592/2016 du 16 mars 2017, c. 2.1 ; TF 4A_602/2013 du 27 mars 2014, c. 3.2.

²² WITZIG, pp. 88 s. ; TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 4.3.1.

²³ CARCAGNI ROESLER, pp. 74 ss ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, pp. 19 s.

²⁴ BILLARANT, pp. 194 ss ; voir aussi le Rapport du CF du 16 novembre 2016, pp. 27 s. ; CARCAGNI ROESLER, pp. 76 s. ; DOMENIG, pp. 36 s. ; GEISER, pp. 565 s.

²⁵ CAPH, arrêt du 9 avril 2010 (JAR 2011, p. 459), c. 3 (où les juges ont retenu l'existence d'un contrat de travail réunissant des éléments du job sharing, du travail sur appel et du télétravail entre un médecin et une entreprise exploitant une plateforme d'assistance médicale et de rapatriement d'assurés domiciliés en Suisse).

²⁶ WYLER/ZANDIRAD, pp. 9 et 12 ; TF 4A_53/2021 du 21 septembre 2021, c. 5.1.3.2.

local de son choix (art. 351 CO)²⁷. Les règles générales du contrat individuel de travail (art. 319 ss CO) s'appliquent à titre supplétif (art. 355 CO).

Ce contrat présente plusieurs particularités²⁸ : le salarié choisit lui-même le lieu d'exécution du travail, lequel est fixe, se situe en dehors des locaux de l'entreprise et ne peut pas être déterminé par l'employeur ; le travailleur à domicile peut se faire aider par des membres de sa famille ; il bénéficie d'une forte indépendance générale dans la réalisation et l'organisation de son travail ; son activité implique un processus caractérisé par la remise du travail par l'employeur, sa réalisation par le travailleur et la livraison du résultat à l'employeur, qui peut l'exploiter économiquement.

Si le type d'activités n'est pas limité et inclut – contrairement à la Loi fédérale sur le travail à domicile (LTrD) – les travaux de nature commerciale ou technique²⁹, les caractéristiques du contrat de travail à domicile sont rarement réunies dans le cadre du télétravail, que ce soit notamment parce que la même activité est exécutée en partie dans les locaux de l'entreprise (télétravail alterné), parce que le lieu de télétravail est imposé par l'employeur, parce que l'activité n'implique pas la livraison d'un résultat, ou parce que l'employé ne bénéficie pas d'un degré suffisant de liberté dans l'organisation de son travail³⁰.

Parmi les cas d'application envisageables des art. 351 ss CO, le Conseil fédéral mentionne le télétravail à plein temps consistant à accomplir de manière autonome des tâches de rédaction ou de traduction et à livrer le résultat³¹. Par ailleurs, un contrat de travail ordinaire et un contrat de travail à domicile peuvent coexister lorsque le travailleur se voit confier un travail à domicile distinct de l'activité habituellement fournie dans les locaux de l'entreprise³².

²⁷ Ce type de travail à domicile existe encore dans sa forme traditionnelle dans le domaine de l'industrie horlogère par exemple (cf. la CCT des industries horlogère et microtechnique suisses du 1^{er} janvier 2017, not. ses art. 7.6, 15.7, 16.5 al. 2).

²⁸ ATF 132 V 181, c. 2.2 ; ZEIN, N 7 ss *ad* art. 351 CO ; AUBERT, N 16 ss *ad* art. 351 CO ; BILLARANT, pp. 144 ss, 189 ss ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 *ad* art. 351 à 354 CO ; CARCAGNI ROESLER, pp. 79-82 ; DOMENIG, pp. 16 ss ; PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, pp. 40 ss ; Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 30.

²⁹ Notamment la tenue de la comptabilité d'une entreprise, la gestion d'une agence locale ou régionale d'assurance maladie, la dactylographie, les traductions ou le dessin de plans, les activités journalistiques, scientifiques et artistiques (ATF 132 V 181, c. 2.2).

³⁰ ZEIN, N 12 *ad* art. 351 CO ; BILLARANT, pp. 167, 188-192 ; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 3 *ad* art. 351 à 354 CO ; CARCAGNI ROESLER, pp. 82 s. ; DOMENIG, pp. 38-42 ; Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 30 (voir toutefois l'avis divergent de TSCHANNEN, pp. 6 s).

³¹ Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 31.

³² TF 4A_92/2012 du 3 juillet 2012, c. 4 (CARCAGNI ROESLER, p. 77).

Dans la présente contribution, seul le télétravail exécuté dans le cadre d'un contrat de travail ordinaire au sens des art. 319 ss CO est examiné.

III. Droits et obligations des parties (questions choisies)

A. Généralités

Le télétravailleur a les mêmes droits et les mêmes obligations que les employés qui exécutent leur travail dans les locaux de l'entreprise, sous réserve des modalités d'exécution et des dispositions contractuelles spécifiques.

Le télétravail peut intervenir dans des situations et selon des modalités diverses³³, qui ne permettent pas toujours de donner des réponses uniformes. En particulier, le télétravail peut être régulier ou occasionnel (lorsque le travailleur exécute de temps en temps une tâche à la maison ou prépare une séance dans le train), effectué à domicile, dans une résidence secondaire du travailleur ou dans un autre lieu de travail externe (comme un espace de coworking ou un télécentre), dans un lieu fixe ou de manière mobile, en Suisse ou à l'étranger ; le travailleur peut accomplir son activité partiellement dans les locaux de l'entreprise et partiellement en dehors (télétravail alterné) ou entièrement à distance ; le télétravail peut être imposé par l'employeur, ou par les autorités, ou être une option offerte par l'employeur qui met à disposition une place de travail dans les locaux de l'entreprise ; il peut être associé à un système de partage de places de travail (« desksharing ») ; il peut être ou non associé à une plus grande flexibilité dans les horaires et/ou l'organisation du travail.

Quel que soit le cas de figure, le télétravail présente pour les deux parties des avantages (les travailleurs gagnent en flexibilité, évitent des trajets, sont plus productifs et libèrent des surfaces de bureaux, notamment) et des risques (accessibilité permanente, confusion entre temps libre et temps de travail, isolement, absence de reconnaissance pour la prestation fournie, du côté des travailleurs et, du côté de l'employeur, les risques liés aux difficultés de contrôler l'activité des télétravailleurs ou de maintenir une cohésion d'équipe, notamment)³⁴. Ces éléments doivent être pris en considération dans l'examen des droits et obligations des parties.

³³ Rapport du CF du 16 novembre 2016, pp. 10-12.

³⁴ Rapport du CF du 16 novembre 2016, pp. 23-25 ; CIRIGLIANO, Numérisation, p. 446 ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, pp. 6 s. ; PÄRLI/EGGMANN, pp. 4 s. ; STEIGER-SACKMANN, pp. 303 ss.

B. Introduction et fin du télétravail

1. Pas de droit au télétravail

a) En général

Il n'existe pas, en droit privé suisse, de droit au travail à domicile ou au télétravail³⁵. Sous réserve de cas exceptionnels, l'accord des deux parties est nécessaire³⁶. Comme le retient un arrêt vaudois, le fait que le télétravail constitue dans certaines circonstances une « solution pratique et pragmatique » pour un membre du personnel ne le dispense pas d'en informer sa hiérarchie et d'y être autorisé³⁷.

Lorsque les parties ont convenu (expressément ou tacitement) d'un lieu de travail, le travailleur est tenu d'exercer son activité dans ce lieu³⁸. Lorsqu'elles n'ont pas convenu d'un lieu précis, le lieu de travail est en principe celui où l'employeur organise et attribue le travail, i.e. l'entreprise³⁹, étant précisé que l'employeur est habilité à donner des instructions quant au lieu de travail, dans le respect des règles de la bonne foi (art. 321d CO)⁴⁰. En effet, le lieu de travail n'est pas un élément contractuel par nature et relève du pouvoir d'instruction de l'employeur tant qu'il n'a pas été contractualisé⁴¹. Ce pouvoir d'instruction découle du rapport de subordination caractéristique du contrat de travail⁴².

³⁵ Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 35 ; BILLARANT, pp. 177 s. ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 8 ; CARCAGNI ROESLER, p. 86 ; PÄRLI/EGGMANN, pp. 20 s. ; STEIGER-SACKMANN, p. 311 (sur la question d'un éventuel droit tiré des dispositions de protection de la santé, voir ci-dessous let. b et c).

³⁶ Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 35 ; BILLARANT, pp. 177 s. ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 8 ; CARCAGNI ROESLER, p. 86 ; ETTER/SOKOLL, p. 697 ; PÄRLI/EGGMANN, pp. 20-22 ; STEIGER-SACKMANN, pp. 311 s.

³⁷ CACI, arrêt du 27 septembre 2021 n° 464, c. 4.3.2 (cause P317.045401-210850). Dans cette affaire, le travailleur, licencié en raison d'absences injustifiées durant plusieurs demi-journées après des séances à l'extérieur, avait prétendu une fois confronté à ces absences qu'il effectuait du télétravail depuis son domicile le reste de la journée, alors qu'il n'y avait pas été autorisé par sa hiérarchie (comme l'exigeait la directive interne en matière de télétravail). Pour les juges vaudois, la pratique du télétravail n'était pas établie en l'espèce et était contredite par la vérification des connexions au serveur (VPN) de l'employeuse (effectuée avec l'accord de l'employé). Le licenciement, justifié par le fait de n'avoir pas travaillé à l'insu de l'employeur, n'était pas abusif.

³⁸ CARRUZZO, N 4 *ad* art. 319 CO.

³⁹ PÄRLI/EGGMANN, pp. 9 s. ; MÜLLER/HOFER/STENGEL, p. 567 ; MILANI, N 23 *ad* art. 321 CO (qui se réfèrent à l'art. 74 al. 1 CO).

⁴⁰ SUBILIA/DUC, N 6 *ad* art. 321d CO ; DUNAND, N 32 *ss ad* art. 321d CO.

⁴¹ WITZIG, pp. 583-587.

⁴² DUNAND, N 16 *ad* art. 319 CO.

Cela étant, un accord de télétravail peut être conclu lors de la conclusion du contrat de travail ou en cours d'emploi, n'est soumis à aucune forme et peut intervenir par actes concluants⁴³. Le remboursement de frais d'internet ne pouvant correspondre qu'à des frais liés à l'exécution du travail à domicile ou la validation par l'employeur de jours travaillés durant une période de fermeture de l'entreprise peuvent par exemple constituer des indices d'une autorisation de travailler à domicile⁴⁴.

b) Règles spéciales édictées pour lutter contre l'épidémie de Covid-19⁴⁵

Dans le cadre des mesures ordonnées par les autorités pour lutter contre l'épidémie de Covid-19, seuls les **employés vulnérables** sont fondés à exiger la possibilité de travailler depuis leur domicile⁴⁶, à l'exclusion des autres⁴⁷. Ce droit de travailler à domicile n'est pas absolu, l'employeur étant autorisé à les occuper sur place si leur présence est indispensable pour des raisons d'exploitation, à condition que la place de travail soit aménagée de sorte que tout contact étroit avec d'autres personnes soit exclu ou, lorsqu'un contact étroit s'avère inévitable, que des mesures de protection supplémentaires soient prises (art. 27a al. 3 Ordonnance 3 Covid-19) ; un employé vulnérable peut refuser de travailler sur place si, pour des raisons particulières (qui doivent être attestées médicalement à la demande de l'employeur), il estime que le risque d'infection au coronavirus est trop élevé malgré les mesures prises par l'employeur (art. 27a al. 6 Ordonnance 3 Covid-19)⁴⁸. Depuis le 26 juin 2021, le fait de ne pas se faire vacciner pour des raisons autres que médicales exclut de bénéficier des droits reconnus aux « employés vulnérables »⁴⁹.

S'agissant des **autres employés**, ce n'est que durant des périodes limitées que les autorités ont introduit une obligation générale pour les employeurs de prendre les mesures organisationnelles et techniques appropriées pour permettre le travail à domicile, lorsque la nature de l'activité le rend possible et réalisable sans efforts disproportionnés⁵⁰. Le

⁴³ CARCAGNI ROESLER, p. 83 ; PÄRLI/EGGMAN, p. 20.

⁴⁴ TF 4A_255/2020 du 25 août 2020, c. 5.2.

⁴⁵ La présente contribution tient compte de l'évolution des ordonnances Covid-19 jusqu'au 7 février 2022.

⁴⁶ Art. 27a al. 1 et 2 de l'Ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance 3 Covid-19) du 19 juin 2020 (anciennement art. 10c al. 1 et 2 d l'Ordonnance 2 Covid-19 du 13 mars 2020).

⁴⁷ DUNAND/WYLER, Déconfinement, p. 20 ; WILDHABER, Pandemiezeiten, p. 174.

⁴⁸ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 3 du 19 juin 2020, version du 16 décembre 2021, p. 28.

⁴⁹ Art. 27a al. 10 let. b de l'Ordonnance 3 Covid-19 du 19 juin 2020 (tel que modifié le 23 juin 2021, RO 2021 378).

⁵⁰ Une telle obligation générale a été introduite du 18 janvier au 25 juin 2021 (art. 10 al. 3 de l'Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière [Ordonnance Covid-19 situation particulière] du 19 juin 2020, telle que modifiée le 13 janvier 2021, RO 2021 7 ;

rapport explicatif concernant la modification du 17 décembre 2021 précise que les mesures à prendre à cette fin, « par exemple dans le domaine du matériel informatique et des logiciels informatiques (y c. l'accès aux données et la sécurité des données), doivent être mises en œuvre pour autant que cela soit possible à un coût raisonnable et que les conditions infrastructurelles et spatiales de base soient remplies au domicile »⁵¹.

En dehors de telles périodes de télétravail obligatoire, le travail à domicile est l'une des mesures recommandées aux employeurs pour protéger la santé des employés durant l'épidémie⁵² ; cette situation ne fonde pas un droit au home office⁵³. Ainsi, en dehors des périodes de télétravail obligatoire, l'employé (non vulnérable) autorisé à travailler à domicile en raison de la crise sanitaire qui refuse de donner suite à une instruction de retourner à sa place de travail dans les locaux de l'entreprise, par crainte d'une contamination, par confort ou parce qu'il ne souhaite pas se soumettre à l'exigence du certificat Covid-19, viole ses obligations contractuelles et s'expose à un licenciement⁵⁴. Si le respect des recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et de distance n'est pas garanti en entreprise, il s'agit d'un cas de demeure de l'employeur⁵⁵ (*infra* let. c). Lorsque l'employeur respecte ces recommandations, les employés (non vulnérables) ne peuvent exiger de pouvoir travailler à domicile, même si une telle mesure est proportionnée⁵⁶. En effet, il incombe à l'employeur de décider des mesures de protection à prendre. A teneur de l'art. 25 de l'Ordonnance Covid-19 situation particulière du 23 juin 2021 (tel qu'en vigueur avant [al. 2] et après [al. 3] la seconde période de télétravail obligatoire), ces mesures peuvent consister en la possibilité de travailler à domicile, mais aussi notamment en la mise en place de séparations physiques, la séparation des équipes, le port d'un masque facial. L'employeur est habilité à vérifier que son personnel dispose d'un certificat de vaccination, de guérison ou de test si cela permet de définir des mesures de protection appropriées, après consultation des employés ou de leurs représentants⁵⁷. Les droits de

Ordonnance Covid-19 situation particulière du 23 juin 2021, RO 2021 379), puis du 20 décembre 2021 au 2 février 2022 (art. 25 al. 5 de l'Ordonnance Covid-19 situation particulière du 23 juin 2021 telle que modifiée le 17 décembre 2021, RO 2021 882 ; cet alinéa 5 a été abrogé par modification du 2 février 2022, RO 2022 59).

⁵¹ Rapport explicatif concernant la modification du 17 décembre 2021 de l'ordonnance COVID-19 du 23 juin 2021 situation particulière, p. 7.

⁵² Art. 10 Ordonnance Covid-19 situation particulière du 19 juin 2020 (RO 2020 2213), art. 25 Ordonnance Covid-19 situation particulière du 23 juin 2021 tel qu'en vigueur du 26 juin au 19 décembre 2021 (al. 1 et 2) (RO 2021 379) et à partir du 3 février 2022 (al. 1 et 3) (RO 2022 59).

⁵³ WILDHABER, *Pandemiezeiten*, p. 174.

⁵⁴ Dans ce sens : PERRENOUD, N 34 *ad* art. 336c CO.

⁵⁵ BLES/HIRSIGER/PIETRUSZAK, p. 58 ; DUNAND/WYLER, *Coronavirus*, p. 31.

⁵⁶ *Contra* : BLES/HIRSIGER/PIETRUSZAK, p. 58.

⁵⁷ Art. 25 al. 4 Ordonnance Covid-19 situation particulière du 23 juin 2021 tel qu'entré en vigueur le 20 décembre 2021.

participation des travailleurs ou de leurs représentants sur les questions de protection de la santé (information et consultation) sont des droits collectifs et non individuels (art. 48 al. 1 LTr et art. 6 OLT 3)⁵⁸. Au surplus, un travailleur ne saurait faire prévaloir sa propre vision des mesures de protection à adopter en cas de divergence d'opinion avec son employeur.

c) Le télétravail comme alternative à la demeure de l'employeur ou à une mise en quarantaine ou en isolement du travailleur

Selon plusieurs auteurs, une obligation de permettre le travail à domicile (au moins temporairement) peut résulter du devoir de l'employeur d'entreprendre tout ce qui est nécessaire et raisonnable pour protéger la santé des travailleurs (art. 328 CO et 6 LTr)⁵⁹.

Cette affirmation doit être nuancée. Le fait que le travail à domicile puisse dans certains cas constituer une solution alternative adéquate (parmi d'autres) pour protéger la santé ou la personnalité d'un employé (p. ex. pour réduire le potentiel de stress lié à un bureau en open space⁶⁰) ne lui confère pas le droit d'exiger la mise en place d'une telle mesure contre la volonté de l'employeur au motif qu'elle serait réalisable et proportionnée⁶¹, à tout le moins lorsque l'employeur respecte sur le lieu de travail les mesures adéquates de protection de la santé.

Lorsque l'employeur ne prend pas les mesures appropriées de protection de la santé ou de la personnalité du travailleur au lieu de travail (p. ex. en raison d'une situation de harcèlement ou du non-respect des recommandations de la Confédération en matière de lutte contre l'épidémie de Covid-19), celui-ci peut le mettre en demeure (art. 324 CO) et

⁵⁸ NOVIER, p. 206 ; WYLER/HEINZER, p. 1225.

⁵⁹ LEMPEN, N 42 ad art. 328 CO ; WILDHABER, *Pandemiezeiten*, p. 174 ; BLES/HIRSIGER/PIETRUSZAK, p. 58 ; PÄRLI/EGGMANN, pp. 20 s. ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 8.

⁶⁰ TF 4A_384/2014, rés. au JT 2015 II 117, c. 5. Dans cet arrêt, relatif au licenciement d'un travailleur âgé au bénéfice d'une grande ancienneté, le Tribunal fédéral rappelle que les mesures appropriées pour la résolution de conflits au travail sont diverses et comprennent des entretiens individuels ou de groupe avec les protagonistes au conflit, des instructions concrètes au sujet du comportement, la mise à disposition de personnes de confiance, des réunions d'équipe, le recours à des coachs et à des médiateurs, la réorganisation des processus de travail, la prévision d'objectifs, des avertissements et des mutations internes (c. 4.2.2).

⁶¹ Dans un arrêt A-5819/2016 du 27 novembre 2017, le Tribunal administratif fédéral a jugé infondé le licenciement d'une employée qui n'était pas en mesure pour des raisons médicales de travailler en open space, au motif que l'employeuse aurait dû préalablement lui offrir la possibilité de faire un essai de travail à domicile pour une partie de son taux d'activité. La portée de cet arrêt, qui concerne la fonction publique fédérale, doit cependant être relativisée (voir l'analyse de JÉRÔME CANDRIAN *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch, avril 2018). Cette solution n'est pas transposable telle quelle en droit privé, compte tenu des obligations spécifiques de l'employeur prévues par la LPers (notamment celles résultant des art. 19 al. 1 LPers et 11a al. 1 OPers).

offrir ses services dans un environnement adapté ; tant que les mesures de protection adéquates ne sont pas prises, le travailleur peut refuser sa prestation sans perdre son droit au salaire⁶². La mise en place temporaire du télétravail avec l'accord de l'employeur constitue alors une mesure propre à réduire le dommage (art. 324 al. 2 CO), pour autant que l'employé ne présente pas une incapacité générale de travail.

En revanche, l'employé ne peut pas subordonner l'exécution de sa prestation à la prise de mesures qu'il désigne lui-même (comme la possibilité de travailler à domicile), car le choix des mesures à prendre appartient à l'employeur, auquel revient la prérogative de régler l'organisation du travail⁶³. En présence d'un conflit au travail, le Tribunal fédéral considère que l'étendue et l'intensité des mesures prises s'examinent au cas par cas, en fonction des circonstances concrètes⁶⁴. Il découle du rapport de subordination que le travailleur n'est pas en droit de faire prévaloir, en cas de divergence d'opinion, sa propre vision des mesures ou de l'organisation à adopter dans l'entreprise⁶⁵.

Un cas particulier est celui où l'employeur refuse sans motif légitime d'autoriser l'employé placé en quarantaine ou en isolement obligatoire (sans être simultanément incapable de travailler), à exécuter sa prestation depuis son domicile, alors que ce mode de travail serait possible et proportionné ; l'employé peut alors exiger son salaire (art. 324 CO)⁶⁶. Inversement, l'employeur est fondé dans un tel cas à exiger de l'employé qu'il télétravaille, si sa situation personnelle et familiale le permet⁶⁷.

d) La question de l'égalité de traitement

aa) Au regard du Code des obligations

Il n'existe pas de principe général d'égalité de traitement en droit privé suisse du travail, sous réserve de situations où une différence de traitement exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte (art. 328 CO et 28 ss CC). Selon la jurisprudence, une telle situation n'est réalisée que si l'employé est placé dans une

⁶² CARRON, p. 137 ; DUNAND/WYLER, Coronavirus, p. 31 ; GEISER, Coronavirus, p. 549 (lequel relève que le travail ne peut pas être refusé pour des violations mineures et sans effet des recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et de distance).

⁶³ CARRON, pp. 137 s.

⁶⁴ TF 4A_384/2014, rés. au JT 2015 II 117, c. 4.2.2.

⁶⁵ WITZIG, p. 398.

⁶⁶ PERRENOUD, N 8 *ad* art. 324 CO ; GEISER, Coronavirus, p. 547.

⁶⁷ PÄRLI/EGGMANN, p. 22.

situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés ; tel n'est en revanche pas le cas lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés⁶⁸.

Ce principe, dégagé majoritairement en lien avec l'octroi de rémunérations discrétionnaires, s'applique également lorsque l'employeur octroie facultativement (i.e. sans y être tenu contractuellement) des avantages en matière de prestations sociales et lorsqu'il émet des directives⁶⁹.

Une application de ce principe à une politique de télétravail introduite dans une entreprise en faveur des employés ne paraît donc pas exclue⁷⁰. Un employé qui se verrait refuser la possibilité de travailler depuis chez lui pourrait ainsi se comparer avec ses collègues. A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé que la situation de l'employé discriminé ne doit pas nécessairement être comparée avec celle de tous les employés de la société ; une discrimination par rapport à tous les employés d'un département, même si celui-ci ne compte que cinq personnes, peut apparaître pertinente⁷¹. En tous les cas, une comparaison ne peut intervenir qu'avec des collègues dont la situation est comparable, à l'instar du mécanisme applicable en matière d'établissement de situations de discrimination liée au sexe⁷².

Toutefois, le principe d'égalité de traitement déduit de l'art. 328 CO a une portée restreinte et n'interdit pas de favoriser certains employés déterminés. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, « l'employeur est libre de déterminer ou de convenir, selon les circonstances, des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le traitement collectif, pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, ne violent pas le respect de la personnalité et ne soient pas illicites »⁷³. L'employeur dispose d'une marge d'appréciation importante dans la fixation des critères de différenciation⁷⁴.

Ainsi, même s'il autorise de manière générale le télétravail ou en définit de manière générale les modalités d'application, l'employeur conserve un large pouvoir d'appréciation pour autoriser dans chaque cas concret le travail à distance, pour autant que les critères utilisés respectent les principes précités. Le télétravail doit notamment être

⁶⁸ TF 4A_651/2017 du 4 avril 2018, c. 3.3.

⁶⁹ WYLER/HEINZER, pp. 472 ss ; PORTMANN/RUDOLPH, N 35 *ad* art. 328 CO.

⁷⁰ DOMENIG, pp. 93 ss (pour lequel la liberté contractuelle prime). Sur la question d'éventuelles discriminations liées au sexe, voir DOMENIG, pp. 96-98.

⁷¹ TF 4A_651/2017 du 4 avril 2018, c. 3.6.2.

⁷² ATF 144 II 65, c. 7.2 ; ATF 130 III 145, c. 4.2 ; TF 4C.91/2005 du 23 mai 2005, c. 1.3 ; LEMPEN, *Discrimination*, p. 140 ; WYLER/HEINZER, p. 1132.

⁷³ TF 4A_63/2007 du 6 juillet 2007, c. 4.2.

⁷⁴ WYLER/HEINZER, p. 475 ; ATF 129 III 276=JT 2003 I 346, c. 3.1.

compatible avec le type d'activité à effectuer, les locaux et la place de télétravail doivent être adéquats et être aménagés de manière à respecter les exigences de protection de la santé et la confidentialité des données. Si le domicile du travailleur n'est pas adapté, l'employeur peut et doit même refuser l'autorisation de travailler à domicile, pour ne pas risquer de contrevenir aux prescriptions de protection de la santé⁷⁵. L'ancienneté, le taux d'activité, le niveau hiérarchique et le degré d'autonomie figurent aussi parmi les critères qui peuvent apparaître pertinents⁷⁶.

Sous réserve du cas de la discrimination liée au sexe (art. 3 al. 2 LEg), le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas à l'engagement, car il suppose l'existence d'un rapport de travail⁷⁷. L'employeur qui souhaiterait par exemple réduire ses espaces de bureaux pourrait exiger d'un candidat qu'il soit en mesure de travailler à domicile sans se voir reprocher une atteinte à la personnalité.

Le lieu du domicile (plus ou moins éloigné du siège de l'entreprise, ou situé à l'étranger) peut également être un critère pertinent, car il entraîne un risque en matière de for et de droit applicable. Lorsque l'employeur interdit ou limite le télétravail effectué à l'étranger dans un pays membre de l'UE/AELE, la question de l'admissibilité de la différence de traitement se pose sous l'angle de l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁷⁸ et de la Convention instituant l'AELE⁷⁹.

bb) Au regard de l'ALCP

L'art. 2 ALCP pose le principe de la non-discrimination. L'art. 9 Annexe I ALCP interdit de traiter différemment des travailleurs nationaux, en raison de sa nationalité, un travailleur salarié ressortissant d'un Etat contractant, en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail (par. 1), et déclare nulle de plein droit toute clause de convention collective ou individuelle ou d'autres réglementations collectives portant sur l'accès à l'emploi, l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement, dans la mesure où elle prévoit ou autorise des conditions discriminatoires à l'égard des travailleurs salariés non nationaux ressortissants d'un Etat contractant (par. 4).

⁷⁵ Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 38.

⁷⁶ Voir le modèle de contrat pour le travail en home office *in* : CIRIGLIANO/NIEMEYER, pp. 25 ss.

⁷⁷ PORTMANN/RUDOLPH, N 35 *ad* art. 328 CO.

⁷⁸ RS 0.142.112.681.

⁷⁹ Les ressortissants de l'AELE bénéficient également du régime de la libre circulation des personnes (annexe K de la Convention instituant l'AELE, RS 0.632.31). Par simplification, il n'est fait référence ci-dessous qu'à l'ALCP.

Le Tribunal fédéral a déjà jugé que l'art. 9 par. 1 et 4 annexe I ALCP est suffisamment précis et clair pour être directement applicable (self-executing)⁸⁰. Quant à la question de savoir si cette interdiction de discriminer déploie un effet horizontal direct, i.e. si elle s'applique à des employeurs de droit privé, notre Haute Cour ne l'a pas tranchée, mais la doctrine y répond par l'affirmative⁸¹.

L'ALCP prohibe aussi bien la discrimination directe (qui se fonde expressément sur la nationalité) que la discrimination indirecte. Selon la jurisprudence, une disposition de droit national (ou une clause conventionnelle) doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter les ressortissants de l'Union européenne davantage que les Suisses et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers⁸². Tel est le cas d'une différence de traitement fondée sur le lieu de résidence du travailleur⁸³. Cela signifie qu'une limitation du télétravail effectué à l'étranger est en principe prohibée, car elle discrimine indirectement les travailleurs ressortissants d'Etats membres de l'UE/AELE, à moins que cette mesure ne repose sur un motif justificatif.

Un tel motif justificatif doit être reconnu, à notre sens, pour les raisons suivantes.

La possibilité de faire valoir d'autres motifs objectifs que ceux mentionnés à l'art. 5 Annexe I ALCP (à savoir des « raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ») est admise⁸⁴, et les motifs susceptibles d'être considérés comme objectivement justifiés doivent être admis plus largement en présence de différences de traitement qui ne sont pas directement fondées sur le critère de la nationalité⁸⁵. Ainsi, les discriminations indirectes peuvent être justifiées par des considérations objectives, indépendantes de la nationalité des travailleurs concernés, si elles sont suffisamment proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le « droit national » (ou la clause conventionnelle)⁸⁶.

Les motifs objectifs justifiant d'interdire ou à tout le moins de limiter fortement la possibilité de télétravailler depuis l'étranger sont multiples.

Notamment, s'il en résulte un lieu habituel de travail à l'étranger, l'employeur risque d'être attiré devant un **tribunal étranger** pour une action intentée par le travailleur (art. 19 ch. 2

⁸⁰ ATF 129 II 24=JT 2005 I 359, c. 3.3 ; TF 4A_215/2017 du 15 janvier 2019, c. 5.2.

⁸¹ TF 4A_215/2017 du 15 janvier 2019, c. 5.2 ; TF 4A_230/2018, c. 2.5.3 et les réf. citées ; voir aussi, entre autres, WYLER/HEINZER, p. 192 ; AUBERT, Salaire, p. 98.

⁸² TF 4A_215/2017 du 15 janvier 2019, c. 5.2 ; ATF 136 II 241, c. 13.1 ; ZAPPELLA, p. 335.

⁸³ ZAPPELLA, p. 335 ; WITZIG, Influences, p. 275.

⁸⁴ BOILLET, p. 288.

⁸⁵ BOILLET, p. 289.

⁸⁶ ATF 133 V 367, c. 9.3 ; WITZIG, Influences, p. 281 ; AUBERT, Salaire, pp. 99 s.

lit. a de la Convention de Lugano (CL)⁸⁷, applicable dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'UE/AELE à l'exception du Liechtenstein). Ainsi, le travailleur frontalier qui travaille exclusivement à domicile pourra saisir les tribunaux étrangers de son Etat de résidence⁸⁸. Qu'en est-il en cas de télétravail alterné ? Il ressort de la jurisprudence que, « lorsque l'activité fournie est dispersée ou répartie entre plusieurs lieux, le for se trouve en principe dans celui où le travailleur est occupé pendant la majeure partie de son temps de travail, à moins qu'un autre de ces lieux ne présente un rapport suffisamment stable et intense avec l'objet du litige pour qu'il doive être considéré comme un lieu d'attache prépondérant » ; selon les circonstances, le critère quantitatif de la durée d'occupation n'est donc pas seul décisif et un critère fondé sur l'importance qualitative du lieu envisagé, du point de vue de l'activité fournie, peut aussi entrer en considération⁸⁹. Il en résulte une incertitude juridique que les parties ne peuvent pas lever par une clause d'élection de for. En effet, contrairement à la LDIP (art. 5 LDIP), la Convention de Lugano interdit de priver par avance le travailleur du for du lieu habituel du travail (art. 21 CL)⁹⁰.

Le lieu habituel du travail détermine également le **droit applicable au contrat** (art. 121 al. 1 LDIP, art. 8 par. 2 du Règlement de Rome I⁹¹). Si le Règlement de Rome I admet que les parties y dérogent par une élection de droit, celle-ci ne peut priver le travailleur de la protection des règles impératives de la loi applicable à défaut de choix (art. 8 par. 1 du Règlement Rome I), même s'il ne s'agit pas de lois de police⁹². Cela signifie que les travailleurs dont le lieu de travail habituel se trouve dans un Etat de l'UE peuvent bénéficier des règles impératives protectrices de cet Etat en saisissant le tribunal de leur lieu de travail habituel⁹³. Un tribunal suisse peut aussi être amené dans certains cas à appliquer une disposition impérative d'un droit étranger, lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, et si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit (art. 19 LDIP) ; tel pourrait par exemple être le cas, selon la jurisprudence, « de normes impératives – de droit public ou de droit privé [du pays du lieu de travail] – relatives au travail le dimanche et les jours fériés, à la

⁸⁷ 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).

⁸⁸ Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 64.

⁸⁹ ATF 145 III 14, c. 7 et la jurisprudence citée. DIETSCHY-MARTENET, pp. 3-7 ; DOMENIG, pp. 133-135 ; GUILLAUME, pp. 203 s. ; HISCHIER, pp. 188 s.

⁹⁰ GUILLAUME, pp. 208 s., 215-217 ; WYLER/HEINZER, pp. 970 s. ; DOMENIG, p. 135.

⁹¹ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (JO L 177/6 du 4 juillet 2008).

⁹² BONOMI, N 17 *ad* art. 121 LDIP.

⁹³ Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 65 ; WYLER/HEINZER, p. 972 ; RIONDEL BESSON, Télétravail, pp. 243-245 ; HISCHIER, pp. 197 s.

durée maximale du travail, à l'interdiction du travail des enfants, à la prévention des risques et des accidents ou encore au salaire minimal »⁹⁴.

Hors du contexte de l'épidémie de Covid-19, où les règles de coordination européennes d'assujettissement aux assurances sociales ont été assouplies⁹⁵, le télétravail transfrontalier (i.e. effectué dans un pays limitrophe pour un employeur sis en Suisse) peut aussi avoir pour conséquence l'assujettissement du travailleur (pour l'entier de son activité) au **système de sécurité sociale** de l'Etat dans lequel il réside, s'il y exerce une partie « substantielle » de son activité (art. 13 §1 let. a R. 883/2004⁹⁶, art. 14 §8 R. 987/2009⁹⁷)⁹⁸. Il suffit que l'activité exercée sur le territoire de résidence soit d'au moins 25 % de l'ensemble des activités du travailleur (et/ou de sa rémunération) pour que le système de sécurité sociale du territoire de résidence soit désigné comme compétent. D'autres critères peuvent entrer en jeu et la situation présumée dans les douze mois civils à venir doit aussi être prise en compte, ce qui entraîne une grande insécurité juridique⁹⁹. L'assujettissement à un système de sécurité sociale étranger entraîne l'obligation pour l'employeur de payer les charges sociales prévues par la législation de l'Etat compétent, lesquelles peuvent être bien plus élevées que celles en vigueur en Suisse (ce qui est notamment le cas en France¹⁰⁰).

Les règles d'assujettissement applicables en matière d'assurances sociales sont déconnectées de celles applicables **en matière fiscale**, lesquelles ne prévoient pas forcément de « seuil de tolérance » en dessous duquel le travail effectué à l'étranger resterait sans incidence¹⁰¹. Les conséquences fiscales du télétravail transfrontalier sont complexes et varient selon le pays où réside le travailleur et selon le canton où est établi

⁹⁴ ATF 136 III 392, c. 2.3.3.1 (GUILLAUME, pp. 222 s. ; HISCHIER, pp. 201 s.).

⁹⁵ Une personne est considérée comme travaillant en Suisse même si elle ne peut pas physiquement exercer son activité sur le territoire suisse (RIONDEL BESSON, *Télétravail*, p. 238). Dans les relations entre la Suisse et l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie et le Liechtenstein, une application flexible des règles d'assujettissement a été convenue jusqu'au 30 juin 2022 ; en ce qui concerne la France au moins jusqu'au 31 mars 2022 (www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/int/donnees-de-base-et-conventions/int-corona.html consulté le 13 janvier 2022).

⁹⁶ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0.831.109.268.1).

⁹⁷ Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0.831.109.268.11).

⁹⁸ RIONDEL BESSON, *Télétravail*, pp. 240 s. Voir aussi l'analyse de DUPONT, pour qui cette interprétation de l'art. 13 R. 883/2004 ne s'impose ni à la lecture du texte ni à la lecture des travaux préparatoires et ne paraît pas conforme aux buts de l'ALCP (DUPONT, *Coordination*, pp. 316 s).

⁹⁹ RIONDEL BESSON, *Télétravail*, p. 241 ; RIONDEL, pp. 179-181.

¹⁰⁰ RIONDEL BESSON, *Télétravail*, p. 242 et nbp. 28.

¹⁰¹ RIONDEL BESSON, *Télétravail*, p. 246.

l'employeur¹⁰². En dehors des périodes couvertes par les accords amiables conclus par la Suisse avec les pays limitrophes pour la période de la pandémie, l'employeur qui autorise ses employés résidant à l'étranger à télétravailler, même pour une partie seulement de leur taux d'activité, devrait en examiner les conséquences fiscales au regard des accords internationaux applicables à chaque situation, afin de déterminer notamment s'il doit prélever un impôt à la source en Suisse, s'il doit procéder à une répartition du revenu de l'activité exercée en Suisse et à l'étranger, s'il doit accomplir des formalités administratives, quelles sont ses éventuelles obligations fiscales dans le pays de résidence du télétravailleur au regard du droit fiscal de cet Etat (telle que l'obligation de prélever l'impôt à la source français en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019), et si celles-ci sont compatibles avec le droit suisse¹⁰³. Le risque existe également, selon les circonstances, que l'Etat de résidence de l'employé revendique la présence d'un établissement stable et donc un assujettissement (limité) de l'entreprise au titre de l'impôt sur le bénéfice¹⁰⁴.

Ainsi, les risques pour l'employeur du télétravail effectué à l'étranger sont non seulement l'augmentation de sa charge administrative et de ses charges sociales, mais également la création de fors voire d'établissements stables à l'étranger, ainsi que l'obligation d'appliquer un droit impératif étranger¹⁰⁵, voire plusieurs droits impératifs étrangers pour une entreprise occupant du personnel domicilié dans différents pays étrangers (p. ex. parce qu'elle est située dans une ville limitrophe de plusieurs pays, comme Bâle).

Ne pas admettre que ces désavantages, contraintes et incertitudes justifient de traiter différemment les travailleurs frontaliers des travailleurs résidant en Suisse aurait pour conséquence de contraindre les entreprises à limiter considérablement le télétravail pour l'ensemble de leurs employés (ce qui est souvent le cas actuellement)¹⁰⁶ – et donc d'entraver grandement la pratique du télétravail –, voire de décourager des employeurs suisses d'engager des travailleurs frontaliers dans le but de conserver une plus grande flexibilité dans l'organisation du travail – et donc d'entraver gravement la libre circulation. Afin de favoriser la pratique du télétravail sans discriminer les frontaliers à l'embauche, les entreprises doivent à notre sens être admises à limiter ou interdire le télétravail à l'étranger, ce d'autant plus que les travailleurs concernés ne subissent que des inconvénients relativement légers, qu'ils rencontreraient de la même manière si l'employeur était contraint de limiter le télétravail pour tout son personnel. Il convient

¹⁰² Guide Télétravail transfrontalier (version du 13 janvier 2022), pp. 3 s. (<https://www.fer-ge.ch/fr/web/fer-ge/w/guide-t%C3%A9travail-transfrontalier> consulté le 02.02.2022).

¹⁰³ RIONDEL BESSON, Télétravail, pp. 245-247.

¹⁰⁴ RIONDEL BESSON, Télétravail, pp. 248 s.

¹⁰⁵ DOMENIG, pp. 131-142 ; 147-152 ; PÄRLI/EGGMANN, pp. 11, 18 s., 27 s. ; PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, pp. 22 s., 48-51, 56-58 ; RIONDEL BESSON, Télétravail.

¹⁰⁶ Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 66.

donc d'admettre que le télétravail à l'étranger puisse être limité ou interdit sans que cela ne constitue une violation de l'ALCP.

2. Le télétravail peut-il être imposé par l'employeur ?

Comme déjà indiqué (*supra* III/B/1/a), l'introduction du télétravail nécessite en principe l'accord des deux parties.

Les possibilités pour l'employeur d'imposer le télétravail au cours de la relation contractuelle sont plus ou moins limitées selon qu'il est question de travail à domicile ou dans un autre lieu extérieur. Le travail à domicile affecte la sphère privée du travailleur et présente des risques accrus de confusion entre vie professionnelle et vie privée, alors que le travail dans des centres de télétravail par exemple permet de maintenir des sphères privées et professionnelles distinctes¹⁰⁷.

Cette différence s'exprime notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter une **clause de mobilité** générale, par laquelle l'employeur se réserve contractuellement la faculté d'exiger un changement du lieu de travail. L'exécution du travail au domicile du travailleur ne saurait être ordonnée sur la base d'une telle clause, faute de pouvoir en déduire un accord avec l'utilisation professionnelle de son logement privé¹⁰⁸. Il en va probablement différemment d'une instruction de télétravailler depuis un autre lieu ; comme pour tout autre changement de lieu de travail exigé sur la base d'une clause de mobilité, le droit de l'employeur doit s'exercer dans les limites des art. 27 al. 2 CC, 20 CO et 328 CO¹⁰⁹. Le débat ne porte en revanche pas ici sur l'allongement du temps de parcours depuis le domicile du travailleur, dans la mesure où le télétravail est en principe à l'avantage du travailleur sous cet angle, mais sur les inconvénients liés à cette forme de travail (p. ex. les risques d'isolement, de stress lié aux modalités de contrôle prévues par l'employeur, d'inadéquation des conditions de travail et des équipements au lieu de télétravail)¹¹⁰.

Même si le contrat contient une clause réservant à l'employeur le droit d'exiger que le travail soit effectué en télétravail, l'admissibilité de sa mise en œuvre doit être examinée dans chaque cas au regard des circonstances concrètes prévalant au moment où l'employeur entend en faire usage¹¹¹. S'il souhaite ordonner le travail à domicile,

¹⁰⁷ Rapport du CF du 16 novembre 2016, pp. 24 s.

¹⁰⁸ DOMENIG, p. 71. Selon cet auteur, une telle clause ne permet pas non plus d'augmenter la proportion de télétravail qui a été convenue (DOMENIG, p. 72).

¹⁰⁹ TF 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, c. 3.2.1 (concernant la modification unilatérale des tâches) ; WITZIG, p. 596 ; WYLER/HEINZER, pp. 157 s.

¹¹⁰ Rapport du CF du 16 novembre 2016, pp. 23 s.

¹¹¹ DOMENIG, pp. 72 s. ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 8.

l'employeur doit tenir compte de la situation personnelle et familiale du travailleur, notamment.

Le télétravail peut-il être imposé par la voie d'un **congé-modification** ? Comme pour tout congé-modification, l'examen doit se faire de cas en cas, au regard de la justification matérielle de la modification proposée et d'une pesée des intérêts de chaque partie¹¹². Une importance particulière doit être accordée au fait que la mise en place du travail à domicile contre la volonté du travailleur pourrait constituer une atteinte à sa sphère privée (art. 8 CEDH, art. 13 Cst.)¹¹³. L'existence de motifs objectifs ne libère pas l'employeur d'examiner individuellement s'il peut imposer au travailleur de mettre à disposition son logement privé, selon sa situation personnelle. De plus, la modification ne doit pas être destinée à intervenir avant l'expiration du délai de congé¹¹⁴.

Une **instruction** de travailler à domicile n'est admissible qu'à titre exceptionnel, si elle est justifiée par un intérêt légitime de l'employeur (p. ex. lorsque l'exécution du travail dans les locaux de l'entreprise est temporairement impossible) et si cela peut être exigé du travailleur compte tenu de sa situation familiale, des outils de travail dont il dispose et de ses conditions de logement¹¹⁵. Le travailleur est alors tenu de s'y conformer en vertu de son devoir de fidélité.

Dans le cadre de la **pandémie de Covid-19**, le travail à domicile peut être imposé par l'employeur sur la base de son pouvoir de directive (art. 321d CO) pour répondre aux recommandations des autorités sanitaires ou aux mesures ordonnées par les autorités visant à lutter contre la propagation du virus, pour autant que cela soit compatible avec la situation personnelle et familiale du travailleur¹¹⁶. Une telle directive peut également être donnée lorsque le travailleur est placé en quarantaine ou en isolement sans être simultanément incapable de travailler¹¹⁷.

¹¹² DOMENIG, pp. 82-86 ; cf. Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 35 ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 8 (pour lesquels le home office ne peut pas être introduit par congé-modification) ; WILDHABER, Umstrukturierungen, p. 267 ; WITZIG, pp. 611 ss.

¹¹³ Dans ce sens, s'agissant de la mise en place du BYOD par voie de congé-modification, WILDHABER/HÄNSENBERGER, p. 154.

¹¹⁴ DOMENIG, p. 86 ; WITZIG, p. 616.

¹¹⁵ DOMENIG, pp. 65 ss ; STEIGER-SACKMANN, p. 312 ; PÄRLI/EGGMANN, p. 22 ; ETTER/SOKOLL, p. 697 ; cf. Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 35 (*contra* : CARCAGNI ROESLER, p. 86, qui n'admet pas la possibilité d'exiger le home office sur la base de l'art. 321d CO).

¹¹⁶ WILDHABER, Pandemiezeiten, p. 174 ; DUNAND/WYLER, Coronavirus, p. 27 ; PÄRLI/EGGMANN, p. 22 ; SCHWAAB, p. 9 ; BLES/HIRSIGER/PIETRUSZAK, pp. 56 s. ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, pp. 8 s. ; ETTER/SOKOLL, p. 697 ; GEISER, Coronavirus, p. 549 ; DOMENIG, p. 69.

¹¹⁷ DUNAND/WYLER, Coronavirus, pp. 8 et 27 ; GEISER, Coronavirus, p. 547 ; PÄRLI/EGGMANN, p. 22 ; SCHWAAB, p. 9.

Si une instruction de travail à domicile n'est pas exigible au regard de la situation personnelle ou familiale du travailleur, celui-ci n'est pas tenu de s'y conformer. Il doit toutefois le signaler à l'employeur¹¹⁸ et offrir ses services dans un environnement adapté, afin que l'employeur puisse rechercher une autre solution, comme la location d'un bureau dans un espace de coworking, par exemple.

3. Fin du télétravail

Les principes exposés ci-dessus s'agissant de l'introduction du télétravail valent également lorsqu'une partie souhaite y mettre fin. Seules sont abordées ici les questions du délai de préavis et d'un « droit au retour ».

Les parties peuvent s'être réservé contractuellement le droit de mettre unilatéralement fin au télétravail et d'exiger le retour dans les locaux de l'entreprise¹¹⁹. Un tel droit doit néanmoins s'exercer dans les limites imposées (au travailleur) par l'obligation de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur (art. 321a al. 1 CO) et celles découlant (pour l'employeur) de l'obligation de protéger la personnalité du travailleur (art. 328 CO)¹²⁰. Cela signifie en particulier qu'un **délai de préavis** raisonnable doit être observé par la partie qui souhaite exercer son droit de mettre fin au télétravail, car ce changement peut nécessiter de l'autre partie qu'elle se réorganise (p. ex. pour la prise en charge des enfants du travailleur ou la mise à disposition d'un bureau permanent dans l'entreprise). La durée de ce préavis dépend des circonstances concrètes¹²¹. Il n'existe à notre connaissance pas de jurisprudence à cet égard. Un délai d'au moins un mois paraît raisonnable de manière générale, sous réserve de situations particulières exigeant un retour plus rapide ou un préavis plus long.

Un délai de préavis plus court se justifie lorsque la présence du travailleur n'est souhaitée que ponctuellement, par exemple pour participer à une réunion ou en raison d'autres circonstances qui exigent sa présence selon l'appréciation de l'employeur, ce qui devrait aussi être prévu contractuellement. Néanmoins, dans la planification des séances et l'organisation des tâches, l'employeur doit veiller à respecter dans toute la mesure du possible les accords passés avec le travailleur s'agissant des périodes de télétravail et tenir

¹¹⁸ WITZIG, N 19 *ad* art. 321d CO.

¹¹⁹ DOMENIG, pp. 118 s. et 123.

¹²⁰ DOMENIG, pp. 118 s.

¹²¹ DOMENIG, p. 119. CIRIGLIANO/NIEMEYER (p. 36) proposent de prévoir contractuellement que chaque partie peut résilier un accord de travail à domicile alterné moyennant un délai de préavis de trois mois pour la fin d'un mois, qui peut être réduit d'un commun accord (art. 3.13.2 du modèle de contrat pour le travail en home office).

compte des intérêts de celui-ci (p.ex. de ses contraintes familiales)¹²², en ayant égard à la prévisibilité des horaires de travail et des plages libres. A l'inverse, il peut être attendu du travailleur qu'il fournisse des efforts d'adaptation raisonnables afin de sauvegarder les intérêts de l'employeur et se rendre disponible lorsque sa présence est souhaitée (art. 321a al. 1 CO)¹²³. Lorsque des circonstances spéciales et imprévisibles le justifient, l'employeur peut exiger la présence physique d'un travailleur un jour consacré ordinairement au télétravail même s'il ne s'en est pas réservé le droit contractuellement, sur la base de son pouvoir d'instruction.

En l'absence d'une clause contractuelle (ou d'une convention collective de travail) l'autorisant à renoncer unilatéralement au télétravail, le travailleur ayant consenti à cette forme d'organisation ne dispose pas d'un « **droit au retour** » dans les locaux de l'employeur¹²⁴, lequel peut avoir réaffecté la place de travail laissée vacante. Un droit à une place individuelle et fixe de travail dans l'entreprise ne peut pas être déduit du droit à la protection de la personnalité¹²⁵, sous réserve de cas particuliers dans lesquels la situation personnelle du travailleur se modifie au point que le télétravail ne peut plus être maintenu¹²⁶.

C. Détermination du lieu de télétravail

Le travail peut être effectué dans un lieu choisi par le salarié lui-même (*supra* II/A)¹²⁷. Il est donc possible de laisser le choix du lieu de télétravail à l'employé (on parle de télétravail « mobile ») ou de soumettre ce choix à une entente entre partie en fonction de raisons géographiques, organisationnelles ou financières.

En tous les cas, l'employeur ne saurait se désintéresser du lieu ou des lieux de télétravail, compte tenu des risques qui peuvent en résulter. En particulier, travailler dans un lieu public (café, restaurant, transport public) entraîne un risque accru de perte, de vol ou d'accès indu de tiers à des données confidentielles, et le télétravail effectué à l'étranger peut entraîner la création d'un for à l'étranger et l'application d'un ou plusieurs droits étrangers (*supra* III/B/1/d). L'employeur a par conséquent intérêt à donner des instructions pour réduire ces risques, par exemple en limitant le temps de télétravail à l'étranger et les tâches susceptibles d'être effectuées dans des lieux publics.

¹²² DOMENIG, p. 116.

¹²³ DOMENIG, p. 117.

¹²⁴ DOMENIG, p. 122.

¹²⁵ PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 104 ; DOMENIG, p. 122.

¹²⁶ DOMENIG, p. 122.

¹²⁷ TF 4C.276/2006 du 25 janvier 2007, c. 4.4.1.

Le lieu de travail et l'aménagement du poste de travail ne sont pas non plus indifférents sous l'angle de la protection de la santé du travailleur (art. 328 CO, 6 LTr, 2 al. 1 OLT 3). Ils font l'objet de plusieurs dispositions de l'OLT 3 qui imposent à l'employeur des obligations en matière d'ergonomie, de bâtiments, de volume d'air, d'éclairage, d'ensoleillement, etc. (art. 11 ss, 23 s. OLT 3)¹²⁸. L'employeur qui laisserait totalement ou partiellement au travailleur le choix du lieu de télétravail n'est pas pour autant libéré de ces obligations, mais leur mise en œuvre ne peut s'exercer de la même manière qu'en entreprise¹²⁹. Le télétravailleur doit être informé des risques pour la santé et recevoir si nécessaire des instructions quant aux tâches ou au temps de travail pouvant être effectués en déplacement¹³⁰. Au surplus, l'employeur n'étant pas en mesure en pratique de s'assurer de l'adéquation de chaque lieu de télétravail et cette forme de travail reposant sur un rapport de confiance particulier, l'employeur peut s'attendre à ce que le télétravailleur mobile agisse de manière responsable¹³¹ et présumer que les prescriptions de protection de la santé sont respectées tant que l'employé ne lui signale pas de difficultés¹³².

Lorsque l'employé est autorisé à travailler à domicile, un changement du lieu de télétravail (pour travailler p. ex. dans une résidence secondaire ou dans un espace de coworking) nécessite l'accord de l'employeur (lequel peut intervenir tacitement à moins que le contrat n'exige un accord exprès). Si les conditions de travail au lieu convenu changent au point que l'exécution du travail y devienne temporairement impossible ou inappropriée pour la santé du travailleur (p. ex. pour des raisons familiales), celui-ci doit le signaler et offrir ses services dans un environnement adapté, afin que l'employeur puisse rechercher une autre solution, comme la location d'un bureau dans un espace de coworking, par exemple.

D. Instruments de travail, matériel et frais

1. Dispositions applicables (art. 327 et 327a CO)

La répartition des frais dans le cadre du télétravail ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique en droit privé. Il convient d'appliquer l'art. 327 CO, qui traite des instruments

¹²⁸ ETTER/SOKOLL pp. 699-701 ; MEIER/PÄRLI/SEILER, pp. 77 s. ; DOMENIG, pp. 265 ss ; SECO, Travailler chez soi, 2019.

¹²⁹ Rapport du CF du 16 novembre 2016, pp. 37 s.

¹³⁰ DOMENIG, pp. 272 s.

¹³¹ DOMENIG, p. 273.

¹³² Le rapport du CF du 16 novembre 2016 relève qu'une certaine autonomie peut être donnée au télétravailleur sur la base des art. 6 al. 3 LTr et 10 al. 1 et 2 OLT 3, qui concernent l'obligation des travailleurs de collaborer aux mesures de protection de la santé. Voir aussi PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 33.

de travail et des matériaux, et l'art. 327a CO, qui régit les « frais imposés par l'exécution du travail ».

Les instruments de travail et les matériaux sont fournis par l'employeur, sauf accord ou usage contraire (art. 327 al. 1 CO). L'art. 327 al. 2 CO établit une présomption quant au versement d'une indemnité lorsque le travailleur utilise ses propres outils ou des matériaux qui lui appartiennent pour l'exécution du travail ; l'employeur doit l'indemniser s'il a donné son consentement exprès ou tacite¹³³. L'art. 327 al. 2 CO réserve un accord ou un usage contraire, de sorte que les parties peuvent convenir que le travailleur ne sera qu'en partie ou pas du tout indemnisé. L'accord dérogatoire réservé aux alinéas 1 et 2 n'est soumis à aucune forme et peut donc aussi intervenir tacitement¹³⁴.

En revanche, il ne peut être dérogé au détriment du travailleur à l'art. 327a al. 1 CO (art. 362 CO), selon lequel l'employeur rembourse tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien. Les accords en vertu desquels le travailleur supporte lui-même tout ou partie de ses frais nécessaires sont nuls (art. 327a al. 3 CO).

2. Types de frais visés par l'art. 327 CO et par l'art. 327a CO

Etant donné leur différence de nature (dispositive vs relativement impérative), il est important de distinguer les frais qui relèvent de l'une ou de l'autre de ces dispositions, afin de déterminer s'ils peuvent ou non être mis contractuellement à la charge du télétravailleur¹³⁵, étant précisé que la répartition des frais varie selon que le télétravail est nécessaire ou facultatif (voir *infra* ch. 3).

Les instruments de travail au sens de l'art. 327 CO recouvrent tous les moyens qui doivent être mis à disposition pour l'accomplissement du travail¹³⁶, soit parce que l'exécution du travail ne serait sinon pas raisonnablement possible, soit parce que l'employeur en ordonne l'utilisation¹³⁷. S'agissant du télétravail, cela peut inclure le matériel informatique et de télécommunication (téléphone, ordinateur et accessoires tels qu'écran, souris, routeur, imprimante), le mobilier (chaise, table, lampe) et le matériel de bureau (agrafeuse, perforatrice, etc.)¹³⁸.

¹³³ FF 1967 II 348 ; PORTMANN/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 327 CO.

¹³⁴ PORTMANN/RUDOLPH, N 2 et 4 *ad* art. 327 CO.

¹³⁵ PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 31.

¹³⁶ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 1 *ad* art. 327 CO ; TC/VD du 21 août 2008, c. 4, *in* : JAR 2009, pp. 663-667.

¹³⁷ PROBST, N 1 *ad* art. 327 CO.

¹³⁸ DOMENIG, p. 205 ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 13.

Les frais selon l'**art. 327a CO** sont toutes les dépenses que le travailleur est amené à déboursier lui-même, rendues nécessaires par l'accomplissement de son activité au service de l'employeur, à l'exclusion des dépenses d'agrément ou de formation professionnelle générale non expressément prises en charge par l'employeur¹³⁹. En matière de télétravail, il peut s'agir selon les cas des coûts des licences de logiciels, des frais de port, de télécommunication, d'électricité, de chauffage, des frais d'abonnement pour l'internet et le téléphone et d'éventuels frais supplémentaires hors abonnement, de loyer, etc.¹⁴⁰. DOMENIG mentionne également les assurances-ménage ou -vol¹⁴¹. Les frais d'entretien, de service (p. ex. de support informatique) et de réparation des appareils informatiques tombent aussi sous le coup de l'art. 327a CO lorsque le télétravail est nécessaire¹⁴².

Le sort du papier, de l'encre pour l'imprimante (cartouches d'impression) et des autres matériaux consommables à courte échéance qui doivent être régulièrement rachetés est controversé¹⁴³. Suivant l'avis de PULVER, il se justifie de considérer que ces frais tombent sous le coup de l'art. 327a CO¹⁴⁴.

L'art. 327a al. 1 CO mentionne également les dépenses nécessaires pour l'entretien du travailleur lorsqu'il est occupé *en dehors de son lieu de travail*. Cette règle vise à indemniser le travailleur pour les coûts supplémentaires qu'il encourt en raison de son occupation en dehors du lieu habituel de travail, notamment parce qu'il n'est pas en mesure de prendre ses repas, voire de dormir chez lui (frais de voyage, frais d'hébergement et de repas) (ex : voyageurs de commerce, ouvriers du bâtiment)¹⁴⁵. Elle ne s'applique pas lorsque le travail est effectué au domicile ou au lieu de résidence de l'employé (home office), car le domicile correspond alors à son lieu de travail¹⁴⁶. Il devrait généralement en être de même lorsque le télétravail est effectué ailleurs qu'au domicile du travailleur (p. ex. dans un espace de coworking)¹⁴⁷, dans la mesure où le télétravail tel qu'envisagé dans la présente contribution vise notamment à permettre au travailleur de mieux concilier les vies

¹³⁹ TF 4C.315/2004 du 13 décembre 2004, c. 2.2.

¹⁴⁰ DOMENIG, pp. 226, 231 ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, pp. 13 s. ; CARCAGNI ROESLER, p. 90 ; PÄRLI/EGGMANN, p. 15.

¹⁴¹ DOMENIG, p. 226.

¹⁴² CIRIGLIANO, Numérisation, p. 446 ; PÄRLI/EGGMANN, p. 15 (*contra* : DOMENIG, pp. 220 s. qui applique l'art. 327 CO).

¹⁴³ Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 47.

¹⁴⁴ PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 32. *Contra* : CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 13, pour qui le papier et le matériel de papeterie tombent sous le coup de l'art. 327 CO ; DOMENIG, p. 205, pour qui le papier et les cartouches d'impression sont visés par l'art. 327 CO.

¹⁴⁵ STAEHELIN, N 5 *ad* art. 327a CO.

¹⁴⁶ DOMENIG, p. 225 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 *ad* art. 327a CO ; PROBST, N 8 *ad* art. 327a CO ; PORTMANN/RUDOLPH, N 2 *ad* art. 327a CO ; FF 1967 II 349.

¹⁴⁷ BLATTMANN/STUTZ, p. 35.

professionnelle et familiale, et de réduire ses trajets. Une indemnisation des frais d'entretien est en tout cas exclue dans les cas où le lieu de télétravail correspond à un lieu habituel de travail.

De manière générale, les **frais de déplacement** entre le domicile et le lieu habituel de travail ne sont pas considérés comme des frais imposés par l'exécution du travail et ne donnent pas lieu à indemnisation¹⁴⁸. Lorsque le travail est effectué en alternance à domicile et dans les bureaux de l'entreprise, il existe deux lieux de travail, de sorte que les frais de déplacement de l'un à l'autre sont à la charge du travailleur¹⁴⁹. En revanche, comme le relèvent PÄRLI et EGGMANN, si le travail est effectué exclusivement en télétravail (sans que celui-ci ne soit facultatif) et que le travailleur doit se rendre à la demande de l'employeur dans les locaux de l'entreprise (par exemple pour une réunion), les frais de ce déplacement doivent lui être remboursés (art. 327a al. 1 CO)¹⁵⁰.

3. Distinction selon la raison d'être du télétravail

Les obligations de l'employeur en matière de frais ne sont pas les mêmes selon que le télétravail est nécessaire (let. a) ou facultatif (let. b). L'introduction d'un système de « desksharing » n'exclut pas forcément le caractère facultatif du télétravail (let. c). Le travail à domicile mis en place dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de Covid-19 constitue un cas particulier (let. d).

a) Cas du télétravail nécessaire ou exigé par l'employeur

Lorsque le télétravail est exigé par l'employeur ou que le télétravailleur ne dispose pas d'une place de travail entièrement équipée dans les locaux de l'employeur, le télétravail est nécessaire à l'exécution du travail et les art. 327 et 327a CO trouvent application¹⁵¹.

Il n'existe pas actuellement d'usage selon lequel le télétravailleur fournit lui-même le **matériel** professionnel (informatique ou autre), au sens de l'art. 327 al. 1 CO, de sorte que l'employeur doit le mettre à disposition ou indemniser convenablement le travailleur qui utilise son propre matériel, sauf accord contraire (art. 327 al. 2 CO)¹⁵². La question de savoir si les parties peuvent convenir que le travailleur acquiert à ses frais les instruments de travail et/ou les matériaux nécessaires à l'exécution du travail, sans indemnisation, est

¹⁴⁸ WYLER/HEINZER, pp. 376 s.

¹⁴⁹ PÄRLI/EGGMANN, p. 10 ; PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 32.

¹⁵⁰ PÄRLI/EGGMANN, p. 10 (*contra* : PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 32).

¹⁵¹ DOMENIG, pp. 230 s. ; PÄRLI/EGGMANN, p. 16 ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 14 ; STEIGER-SACKMANN, p. 314 (pour lesquels l'art. 327 CO s'applique indépendamment de la nécessité du télétravail) ; CARCAGNI ROESLER, pp. 88-90.

¹⁵² CARCAGNI ROESLER, p. 89 ; BLATTMANN/STUTZ, pp. 30 et 33.

controversée. Au vu du coût élevé des outils informatiques, il convient selon nous d'admettre que la portée de l'art. 327 CO est à cet égard limitée par l'interdiction de mettre à la charge du travailleur tout ou partie des frais nécessaires à l'exécution du travail (art. 327a al. 3 CO)¹⁵³. Les parties ne peuvent donc pas convenir que l'employé se procure à ses frais les appareils nécessaires pour le télétravail lorsque cette forme de travail est obligatoire¹⁵⁴.

Si le travailleur utilise son matériel privé, l'employeur ne doit l'indemniser que dans la mesure où ce matériel sert à l'exécution du travail (par analogie avec l'art. 327b al. 1 CO)¹⁵⁵. Le calcul de l'indemnité convenable est complexe et tient compte de divers facteurs (dont la durée de possession antérieure)¹⁵⁶. L'indemnité doit permettre le remplacement des appareils après une période de possession usuelle, au prorata de l'utilisation professionnelle¹⁵⁷. DOMENIG préconise à juste titre une approche pragmatique consistant à verser une indemnité forfaitaire mensuelle (qu'il propose de fixer à environ CHF 30.- par mois pour l'utilisation de l'ordinateur privé lorsque des spécificités techniques particulières ne sont pas exigées)¹⁵⁸. Vu le caractère dispositif de l'art. 327 CO, l'indemnité pour la mise à disposition du matériel privé peut, à notre sens, être fixée à un montant inférieur aux coûts effectifs, moyennant l'accord (expres ou tacite) du travailleur avec une indemnisation seulement partielle (art. 327 al. 2 CO).

Les **frais imposés par l'exécution du travail** (art. 327a CO) comprennent en premier lieu les frais spécifiques que le travailleur doit engager en vue de l'exécution du télétravail. Pour le travail à domicile, il peut s'agir de frais nécessaires pour augmenter son débit Internet ou adapter son abonnement de téléphone, voire pour étendre ses couvertures d'assurances¹⁵⁹, mais également le cas échéant de frais de télécommunication hors-

¹⁵³ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 *ad* art. 327 CO ; SUBILIA/DUC, p. 300. *Contra* : DOMENIG, p. 215 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 327 CO ; PROBST, N 20 s. *ad* art. 327 CO ; STAEHELIN, N 7 *ad* art. 327 CO, pour lesquels l'art. 327 CO est une norme spéciale qui l'emporte sur l'art. 327a CO en ce qui concerne la prise en charge des frais pour les instruments de travail et les matériaux (cf. également TC/VD *in* : JAR 2009, pp. 663 ss, c. 4, qui retient une violation par l'employeur de son obligation de fournir au travailleur les instruments de travail nécessaires au sens de l'art. 327 CO).

¹⁵⁴ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 2 *ad* art. 327 CO (apparemment dans ce sens : REHBINDER/STÖCKLI, N 5 *ad* art. 327 CO) ; arrêt de la Cour de Justice genevoise du 23 janvier 2020 (CAPH/15/2020), c. 3 (selon les juges genevois, il est exclu que, par un accord, un travailleur s'engage à acquérir à ses frais un instrument de travail pour son activité professionnelle).

¹⁵⁵ DOMENIG, p. 219.

¹⁵⁶ DOMENIG, p. 219 ; FANTI, p. 177.

¹⁵⁷ BIRKHÄUSER/HADORN, p. 202.

¹⁵⁸ DOMENIG, p. 219.

¹⁵⁹ DOMENIG, p. 226.

abonnement, de frais de port, de papier et d'encre à imprimante. Quant aux frais que le travailleur à domicile assume indépendamment de l'utilisation professionnelle de son infrastructure privée (frais d'électricité, de chauffage, d'abonnement pour l'internet et le téléphone, de loyer)¹⁶⁰, ils sont également « nécessaires » (art. 327a CO) lorsque le télétravail est obligatoire. Peu importe à cet égard qu'il s'agisse de frais qu'il aurait eus de toute façon à titre privé¹⁶¹. Par analogie avec le régime du véhicule à moteur (art. 327b CO), ces frais ne seront toutefois à charge de l'employeur que dans la mesure où l'infrastructure privée sert à l'exécution du travail (i.e. proportionnellement à la durée de l'utilisation professionnelle de l'infrastructure privée)¹⁶².

L'employeur doit rembourser au travailleur ses frais effectifs, sur la base d'un décompte établi par le travailleur (art. 327c al. 1 CO)¹⁶³. Il appartient au travailleur d'établir la nécessité et le montant des frais effectivement encourus, sans que l'employeur ne puisse poser des exigences excessives¹⁶⁴. Le juge peut appliquer par analogie l'art. 42 al. 2 CO lorsque les frais ne peuvent pas être chiffrés avec exactitude, ce qui sera en particulier le cas des frais de mise à disposition de l'infrastructure privée pour le travail à domicile¹⁶⁵.

Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé dans un arrêt du 23 avril 2019 qu'il n'était pas contraire au droit fédéral d'allouer à un travailleur (employé à temps partiel) une indemnité de CHF 150.- par mois pour l'utilisation d'une pièce de son **logement privé** comme bureau et local d'archive, dès lors que l'employeuse n'avait pas mis à sa disposition une place de travail appropriée¹⁶⁶. Suivant cette jurisprudence, l'Arbeitsgericht de Zurich a alloué par jugement du 10 novembre 2020 à un employé tenu de travailler exclusivement en home office une indemnité forfaitaire de CHF 312.50 par mois correspondant à un quart du loyer net (i.e. hors frais accessoires), à titre de contribution à l'ensemble de ses frais (loyer, électricité, chauffage, coûts d'abonnement et de connexion pour le téléphone et internet, et frais d'entretien et de réparation des appareils techniques)¹⁶⁷. Pour les juges zurichois, le demandeur – qui occupait un appartement d'1,5 pièces – ne devait pas être moins bien traité que s'il avait habité dans un appartement de 2,5 pièces et avait ainsi pu utiliser une pièce séparée pour le télétravail. Considérant que les frais de location de bureaux dans la ville de Zurich se situaient notoirement plus près des CHF 347.50 demandés par le travailleur que des CHF 150.- alloués dans l'affaire jugée au Tribunal fédéral, mais qu'il

¹⁶⁰ DOMENIG, p. 226 ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, pp. 13 s. ; CARCAGNI ROESLER, p. 90.

¹⁶¹ TF 4A_533/2018 du 23 avril 2019, c. 6.

¹⁶² DOMENIG, p. 234.

¹⁶³ DANTHE, N 19 *ad* art. 327a CO.

¹⁶⁴ DANTHE, N 5 et 21 *ad* art. 327a CO.

¹⁶⁵ TF 4A_533/2018 du 23 avril 2019, c. 6.3.

¹⁶⁶ TF 4A_533/2018 du 23 avril 2019, c. 6.

¹⁶⁷ Arbeitsgericht Zürich, jugement du 10 novembre 2020, *in* : JAR 2021, pp. 703-707.

fallait tenir compte de la situation excentrée du logement du demandeur, les juges zurichois ont réduit l'indemnité à CHF 312.50.

Cette jurisprudence met en évidence la difficulté d'évaluer la part professionnelle des dépenses liées au travail à domicile et l'opportunité de recourir à une comparaison avec les frais de location de bureaux dans la région où le travailleur réside. Il paraît également justifié de considérer que l'obligation de l'employeur de participer aux frais du logement privé (lorsque le home office est nécessaire) existe indépendamment du fait que le travail à domicile entraîne ou non une restriction particulière à l'usage privé d'une chambre ; en effet, l'utilisation de cette pièce est dans tous les cas nécessaire à l'exécution du travail. En revanche, cette circonstance influence à notre avis le montant de l'indemnité¹⁶⁸.

Vu la difficulté de chiffrer la part professionnelle des frais liés au travail à domicile, il est recommandé de prévoir un remboursement sous forme d'une indemnité forfaitaire globale (p. ex. mensuelle)¹⁶⁹, ce qui nécessite un accord écrit (art. 327a al. 2 CO).

A notre avis, le montant de la participation de l'employeur ne saurait dépendre du fait que le travailleur est locataire ou propriétaire de son logement, de la taille de celui-ci, ni du montant du loyer ou de la valeur du logement du travailleur¹⁷⁰. Il s'agit en effet de circonstances sur lesquelles l'employeur n'a aucune prise, contrairement à ce qui est en principe le cas pour les autres frais (p. ex. de repas, de transport public, de véhicule à moteur), où l'employeur peut émettre des directives afin de limiter ses charges (p. ex. sur les moyens de transport à utiliser, les limites aux frais de repas¹⁷¹, la marque et le modèle du véhicule de fonction). Il convient dès lors d'admettre une solution schématique pour le calcul de la part professionnelle d'utilisation du logement privé (sur le modèle de l'indemnité kilométrique admise pour l'utilisation du véhicule privé). En ce sens, il pourrait être considéré que les frais « nécessaires » (au sens de l'art. 327a CO) sont limités à la part du loyer correspondant au prix moyen de location d'un bureau de qualité standard permettant de travailler dans de bonnes conditions ; un logement luxueux ou situé dans un quartier à loyers particulièrement élevés n'est pas « nécessaire » à l'exécution du travail. A l'inverse, l'employeur ne saurait tirer avantage du fait que les frais de logement de l'employé sont peu élevés ; ainsi, la situation excentrée du domicile du travailleur, retenue par les juges zurichois pour réduire l'indemnité allouée, ne nous paraît pas pertinente.

En définitive, nous proposons de considérer que, lorsque le travail à domicile est nécessaire, une indemnité forfaitaire globale de CHF 300.- par mois couvre, dans la région lémanique, la moyenne des frais professionnels d'un employé engagé à plein temps qui

¹⁶⁸ BLATTMANN/STUTZ, pp. 39 s.

¹⁶⁹ DOMENIG, pp. 235 s.

¹⁷⁰ Dans ce sens : Arbeitsgericht Zürich, jugement du 10 novembre 2020, *in* : JAR 2021, pp. 706 s.

¹⁷¹ SUBILIA/DUC, p. 304.

travaille exclusivement à domicile, lorsque cela n'entraîne pas de restriction particulière à l'usage privé d'une pièce.

Si le télétravail est effectué dans un autre lieu qu'à domicile, les frais imposés par l'exécution du travail comprennent la location d'une place de travail entièrement équipée.

b) Cas du télétravail facultatif

Lorsque l'employé choisit par commodité de télétravailler plutôt que d'utiliser la place de travail mise à sa disposition dans les locaux de l'entreprise, la doctrine dominante considère que les frais pour le travail à domicile ne sont pas « nécessaires » au sens de l'art. 327a CO et sont à la charge du travailleur¹⁷². Cela vaut même si le travailleur réserve une pièce de son logement à un usage professionnel¹⁷³.

Suivant l'avis de ROMINA CARCAGNI ROESLER, il convient selon nous de considérer qu'il n'existe pas non plus dans ce cas de figure de « besoin » au sens de l'art. 327 al. 1 CO¹⁷⁴. Lorsque l'employeur met à disposition une place de travail appropriée en entreprise, il remplit l'incombance mentionnée à l'art. 327 al. 1 CO et ne saurait être tenu de fournir une deuxième fois les outils de travail, car le télétravail n'est pas nécessaire pour que le travail convenu soit effectué, mais répond au souhait du travailleur.

Ces principes valent également lorsque le télétravail facultatif est effectué depuis un autre lieu que le domicile du travailleur. Les frais de location d'une place de coworking ou d'un bureau isolé ne sont pas « nécessaires » dans ce cas de figure.

En pratique, l'employeur est bien sûr libre d'assumer sur une base volontaire une partie des surcoûts engendrés pour l'employé par le télétravail facultatif ou de proposer des outils de travail et des moyens de communication propres à favoriser cette forme de travail flexible pour qu'elle engendre le moins de frais possible pour le personnel (par exemple

¹⁷² BLATTMANN/STUTZ, p. 36 ; DOMENIG, p. 232 ; CARCAGNI ROESLER, pp. 89 s. ; PÄRLI/EGGMANN, p. 16 ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 14 ; STEIGER-SACKMANN, p. 314 ; CARRUZZO, p. 256. D'un avis nuancé : WYLER/HEINZER, p. 379, qui exclut une indemnisation du travailleur pour la simple mise à disposition de ses locaux privés, mais non le remboursement des éventuels frais accessoires (chauffage, électricité, eau) ou de communications supplémentaires effectivement générés par le travail à domicile.

¹⁷³ CARRUZZO, p. 256 (*contra* : WYLER/HEINZER, p. 378).

¹⁷⁴ CARCAGNI ROESLER, p. 88 ; du même avis : BLATTMANN/STUTZ, pp. 29 s. D'un autre avis : DOMENIG, p. 206 qui ne distingue pas, pour l'application de l'art. 327 CO, selon que le travail à domicile est nécessaire ou facultatif ; PÄRLI/EGGMANN (p. 15), pour qui l'employeur doit mettre à disposition un ordinateur pour le travail à domicile ou indemniser le travailleur (sauf accord contraire) lorsqu'il ne dispose pas au bureau d'un Notebook, mais d'un ordinateur fixe.

en mettant à disposition des ordinateurs portables et un service de téléphonie par internet¹⁷⁵).

c) Cas du « desksharing »

Il existe des situations intermédiaires, dans lesquelles l'employeur met à disposition dans l'entreprise un nombre réduit de postes de travail par rapport au nombre d'employés (« desksharing »). Les employés qui pratiquent le télétravail ne sont donc pas tous assurés de bénéficier en tout temps d'une place de travail dans les locaux de l'employeur. Dans de tels cas, la doctrine considère que télétravail devient (au moins partiellement) nécessaire¹⁷⁶.

De telles pratiques ne limitent cependant pas forcément le libre accès à une place de travail, notamment dans les cas où la proportion de places de travail disponibles est élevée par rapport au nombre de collaborateurs (on parle de « ratio de partage »). Ainsi par exemple, des premières expériences au sein de l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication (OFIT) ont montré qu'avec un ratio de partage de 0.8 (8 places de travail pour 10 employés), les collaborateurs trouvaient toujours un poste pour travailler, s'agissant de collaborateurs travaillant régulièrement à l'extérieur ou depuis chez eux¹⁷⁷.

Les art. 327 et 327a CO ne s'appliquent, selon l'opinion ici défendue, que si le ratio de partage est si bas qu'il empêche régulièrement les télétravailleurs qui le souhaitent de trouver un poste de travail disponible dans l'entreprise. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, il paraît adéquat de répartir les frais à charge de chaque partie en fonction du ratio de partage. La proposition qui est faite ici consiste à fixer le cadre du télétravail nécessaire à un ratio de partage inférieur à 0.5, et celui du télétravail facultatif à un ratio de partage supérieur à 0.75. Entre ces deux seuils, les frais sont répartis pour moitié à charge de chaque partie. Des seuils inférieurs devraient s'appliquer lorsqu'une partie des tâches du personnel s'effectue de toute manière en dehors du bureau (p. ex. chez des clients ou en déplacement).

d) Cas du travail à domicile dans le cadre de l'épidémie de Covid-19

Les employeurs qui permettent au personnel de travailler à domicile en application des ordonnances Covid-19 sont tenus de prendre à cette fin les « mesures organisationnelles

¹⁷⁵ VoIP (pour *Voice over Internet Protocol*).

¹⁷⁶ DOMENIG, p. 231 ; PARLI/EGGMANN, p. 16 ; CIRIGLIANO/NIEMEYER, p. 14 ; CARCAGNI, ROESLER, p. 88.

¹⁷⁷ Concept pour l'introduction du partage de postes de travail (desk sharing) à l'Administration fédérale, 18 décembre 2020, p. 20.

et techniques appropriées »¹⁷⁸. Il ressort des rapports explicatifs que ces mesures concernent par exemple le **matériel** informatique et les logiciels informatiques (y c. l'accès aux données et la sécurité des données), l'employeur pouvant soit les mettre à disposition, soit convenir avec l'employé de l'utilisation d'appareils privés dans la mesure où ceux-ci sont appropriés et suffisamment sécurisés¹⁷⁹. Ainsi, l'employeur doit fournir les instruments et le matériel dont l'employé ne disposerait pas déjà à titre privé (art. 327 al. 1 CO)¹⁸⁰, pour autant que cela n'entraîne pas un effort disproportionné (comme le relève le SECO sur son site internet¹⁸¹). Au surplus, les employés n'ont pas droit au remboursement de **frais** pour l'exécution de leurs obligations professionnelles depuis leur domicile, comme le précisait expressément, jusqu'au 24 janvier 2022, l'Ordonnance 3 COVID-19 du 19 juin 2020 s'agissant des employés vulnérables¹⁸². Sont visés les frais liés à l'utilisation de l'infrastructure privée (y. c. l'électricité et le loyer, notamment¹⁸³).

Cette situation exceptionnelle justifie en effet d'exiger du personnel qu'il mette à disposition son infrastructure privée¹⁸⁴ et son propre matériel pour l'exécution du travail à domicile, sans indemnisation, en application du devoir de diligence¹⁸⁵. Cette solution vaut également pour les employés non vulnérables, ce que le Conseil fédéral avait expressément spécifié durant la première période de télétravail obligatoire¹⁸⁶. Cela se justifie au regard du caractère exceptionnel de la situation et du fait que le télétravail n'est pas imposé par

¹⁷⁸ Art. 25 al. 5 de l'Ordonnance COVID-19 situation particulière du 23.06.2021 (tel qu'en vigueur durant la deuxième phase de télétravail obligatoire) ; art. 27a al. 1 de l'Ordonnance 3 COVID-19 du 19 juin 2020 (état le 3 février 2022).

¹⁷⁹ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 3 du 19 juin 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus, version du 16 décembre 2021, p. 27 ; Rapport explicatif concernant la modification du 17 décembre 2021 de l'ordonnance COVID-19 du 23 juin 2021 situation particulière, p. 7.

¹⁸⁰ WILDHABER, *Pandemiezeiten*, p. 175 ; PÄRLI/EGGMANN, p. 17. Voir également WITZIG, N 5 *ad* art. 327a CO.

¹⁸¹ https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/protection-des-travailleurs/covid-19/faq_covid19.html#1144732169 (consulté le 13 janvier 2022).

¹⁸² Art. 27a al. 1 de l'Ordonnance 3 COVID-19 du 19 juin 2020 ; voir aussi le rapport explicatif concernant l'ordonnance 3 du 19 juin 2020 (version du 16 décembre 2021), p. 27 ; PÄRLI/EGGMANN, p. 17. Aucune obligation de remboursement supplémentaire ne saurait être déduite de la suppression (non explicitée) de cette précision à l'occasion de la modification du 19 janvier 2022 (RO 2022 21).

¹⁸³ Rapport explicatif concernant l'ordonnance 3 du 19 juin 2020 (version du 16 décembre 2021), p. 27.

¹⁸⁴ PÄRLI/EGGMANN, p. 17.

¹⁸⁵ WILDHABER, *Pandemiezeiten*, p. 175 ; ETTER/SOKOLL, p. 702.

¹⁸⁶ Art. 10 al. 3, 3^e phrase, de l'ancienne Ordonnance COVID-19 situation particulière du 19 juin 2020. Des obligations de remboursement de frais plus larges ne sauraient être déduites du fait que cette précision ait été omise lors de la seconde période de télétravail obligatoire (art. 25 al. 5 de l'Ordonnance COVID-19 situation particulière du 23 juin 2021 tel que modifié le 17 décembre 2021) (voir l'avis de NIKOLE VÖGELI GALLI *in* : *info.arbeitsrecht.zav-Nachrichten* des 22 et 24 décembre 2021).

l'employeur dans le but de faire des économies, mais sur recommandation (ou sur ordre) des autorités, pour protéger les employés et prévenir l'expansion du coronavirus.

Il paraît néanmoins justifié que l'employeur prenne en charge les **frais supplémentaires** de matériel (papier, encre) ou de communications hors abonnement générés par le travail à domicile.

E. Règles de comportement, horaires, confidentialité

1. Règles ordinaires

L'employé en télétravail reste tenu d'observer les instructions et directives de l'employeur (art. 321d CO)¹⁸⁷. Les obligations découlant du devoir de diligence et de fidélité (art. 321a CO) valent aussi en télétravail.

Les directives portant sur le **comportement des travailleurs** sont aussi admissibles lorsque le travail est effectué à l'extérieur de l'entreprise, dans la mesure où elles concernent leur comportement dans le cadre de l'exécution du travail¹⁸⁸. En revanche, les directives et instructions ne peuvent en principe pas s'étendre au comportement des travailleurs en dehors de leur temps de travail (ou autrement dit en dehors de leur activité professionnelle), sous réserve de quelques exceptions admises par la doctrine et la jurisprudence¹⁸⁹. Ainsi, par exemple, des directives limitant ou interdisant la consommation de boissons alcoolisées sont admissibles dans le cadre du travail à domicile ; en principe, cette interdiction doit se limiter au seul temps de travail, mais peut s'étendre aux périodes qui précèdent dans la mesure où les effets de l'alcool peuvent présenter une incidence sur l'aptitude à accomplir les tâches contractuelles¹⁹⁰.

Quel que soit le lieu de travail, le **matériel** mis à disposition par l'employeur pour le télétravail est destiné à un usage professionnel. L'employé doit donc s'abstenir de l'utiliser à des fins privées (à moins qu'un usage privé raisonnable ne soit toléré par l'entreprise¹⁹¹) et veiller en tous les cas à ce que des tiers, y compris les membres de sa famille, n'utilisent pas son ordinateur professionnel afin de prévenir les risques de détérioration ou d'accès

¹⁸⁷ Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 33 ; BILLARANT, p. 200.

¹⁸⁸ CARRUZZO, N 1 *ad* art. 321d CO ; DUNAND, N 19 *ad* art. 321d CO.

¹⁸⁹ DUNAND, N 19 *ad* art. 321d CO ; WYLER/HEINZER, pp. 159 s.

¹⁹⁰ SECO, Commentaire OLT 3, p. 335-1 ; WYLER/HEINZER, p. 425.

¹⁹¹ WYLER/HEINZER, p. 113 et les réf. citées.

indu à des données confidentielles. Le télétravailleur doit informer l'employeur de toute perte, vol ou défauts affectant le matériel mis à sa disposition¹⁹².

S'agissant des **horaires de travail**, les règles usuelles s'appliquent au télétravail : l'horaire peut être fixe ou flexible. En effet, même si le télétravail est régulièrement associé à une plus grande autonomie du travailleur dans la gestion de ses horaires et l'organisation de son travail, cette autonomie n'est pas inhérente au télétravail et n'est pas un droit¹⁹³. Le passage d'un horaire fixe à un horaire variable est une modification contractuelle¹⁹⁴. Savoir si les parties ont convenu d'une certaine autonomie du travailleur dans la gestion de ses horaires en télétravail est une question d'interprétation du contrat (art. 18 CO).

Même lorsqu'une certaine autonomie est laissée au personnel dans la gestion de l'horaire de travail, l'entreprise peut imposer des heures fixes de travail (heures bloquées)¹⁹⁵, par exemple dans le but de pouvoir joindre le télétravailleur pendant certaines heures¹⁹⁶ ; l'employeur doit aussi imposer le respect du cadre fixé par la loi sur le travail si elle s'applique (interdiction du travail de nuit et du dimanche, durée maximale du travail hebdomadaire, pauses obligatoires, etc.). Ces règles usuelles s'appliquent aussi au télétravail. En effet, le fait que le pouvoir de contrôle de l'employeur soit plus difficile à exercer en télétravail ne libère pas les parties de leurs obligations respectives¹⁹⁷.

Que son horaire soit fixe ou flexible, le télétravailleur reste tenu d'accomplir le nombre d'heures contractuellement dues sur la période de référence convenue (qu'il s'agisse de la journée, de la semaine ou d'une période plus étendue dans un système d'horaire flexible¹⁹⁸) et de signaler à l'employeur d'éventuelles circonstances exceptionnelles le conduisant à accomplir un nombre d'heures supérieures ou inférieures à celui convenu au terme de la période de référence, afin que sa charge de travail puisse le cas échéant être adaptée. A cet égard, il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'en présence d'un horaire flexible, le travailleur a la responsabilité de récupérer à temps (par un congé) le solde de travail excédentaire librement accumulé ; « une indemnisation du travail effectué en plus

¹⁹² DUNAND, Internet, pp. 36 s. ; TF 4A_297/2016 du 17 novembre 2016, c. 4.3.1 (concernant le devoir d'information déduit de l'art. 321a CO).

¹⁹³ Dans ce sens : Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 33. D'un autre avis : PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 25 (partant de la prémisse que l'idée d'une certaine autonomie quant aux horaires de travail est souvent à la base du choix de cette forme de travail, ces auteurs posent comme règle générale pour le télétravail une certaine autonomie du travailleur quant à la fixation de l'horaire de travail, à défaut d'accord contraire).

¹⁹⁴ WITZIG, p. 585.

¹⁹⁵ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 5.4.4.

¹⁹⁶ Dans ce sens, PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, pp. 24 s.

¹⁹⁷ LEMPEN/MAJOR, p. 105.

¹⁹⁸ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 5.4.4.

n'entre en considération que si les besoins de l'entreprise ou des directives de l'employeur empêchent le travailleur de récupérer ses heures en dehors des plages bloquées. Il ne s'agit alors plus de solde positif dans l'horaire flexible, mais de véritables heures supplémentaires »¹⁹⁹.

2. Spécificités du télétravail

La décentralisation du lieu de travail impose d'**adapter certaines instructions** en vigueur au sein de l'entreprise²⁰⁰. La liberté personnelle du travailleur et la protection de sa sphère privée (particulièrement en cas de travail à domicile) rendent inadmissibles certaines directives qui se justifient lorsque le travail est exercé dans l'entreprise. L'employeur ne saurait interdire à un travailleur à domicile de fumer dans sa pièce de travail, car il n'expose pas d'autres employés à la fumée passive²⁰¹, ni lui donner des directives vestimentaires, si ce n'est pour le temps d'un contact visuel dans le cadre professionnel (entretien avec d'autres employés, un client, etc.)²⁰². Lorsque le travailleur utilise son propre ordinateur pour le télétravail, il est douteux que l'employeur puisse donner des directives en restreignant l'utilisation privée, car une telle directive porterait atteinte à sa sphère privée. L'employeur peut en revanche selon nous exiger que le travailleur qui souhaite effectuer du télétravail utilise un ordinateur dédié exclusivement à l'activité professionnelle.

A l'inverse, les particularités du télétravail justifient l'adoption de **directives spécifiques**, notamment s'agissant des horaires durant lesquels le collaborateur doit rester atteignable, des mesures à prendre et des règles de comportement et de vigilance particulières à observer pour protéger le matériel professionnel et les données confidentielles contre les risques de perte, de vol, ou de détérioration²⁰³.

L'employé en télétravail doit prendre les mesures nécessaires pour protéger en permanence la confidentialité des données et des documents professionnels (art. 321a al. 4 CO), y compris à l'égard de ses proches, de sa famille ou des autres personnes qui partagent ou fréquentent son domicile ou son espace de travail²⁰⁴. A cet égard, l'employeur

¹⁹⁹ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016 du 24 octobre 2016, c. 4.2.

²⁰⁰ Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 33.

²⁰¹ PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 24. Les locaux à usage privé ne sont pas assujettis à la Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif (art. 1 al. 3 LPTP).

²⁰² PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 24.

²⁰³ Rapport du CF du 16 novembre 2016, pp. 54 s. ; DOMENIG, pp. 154 s. ; PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 25.

²⁰⁴ DOMENIG, p. 155 ; PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 25. Voir les recommandations émises par le Centre national pour la cybersécurité (NCSC) en lien avec le télétravail, auxquelles l'employeur peut se référer dans le cadre de son pouvoir d'instruction (NCSC, Télétravail : recommandations pour l'utilisateur, 2 avril 2020).

peut exiger l'utilisation d'une place de travail dédiée, pouvant être fermée à clé et à laquelle des tiers n'ont pas accès, ou à tout le moins la conservation des appareils et des documents dans un meuble pouvant être fermé à clé. L'exemple du tweet « mystérieux » envoyé en mars 2021 par un enfant du responsable du compte officiel du commandement stratégique américain alors qu'il était en télétravail²⁰⁵, illustre les risques du home office.

L'enregistrement de documents confidentiels sur l'ordinateur privé contrevient au devoir de confidentialité de l'employé si des tiers ont librement accès à l'ordinateur et peuvent ainsi prendre connaissance de tels documents²⁰⁶. Ainsi, les données privées et professionnelles présentes sur l'ordinateur ne doivent pas être mélangées et les documents professionnels doivent être conservés sur un support protégé²⁰⁷.

L'employeur doit informer le télétravailleur des règles à respecter pour se conformer aux exigences de protection de la santé relatives à l'aménagement de l'espace de travail et à l'ergonomie (OLT 3), à la durée du travail et du repos (art. 9 ss LTr). Etant donné le risque de confusion accru entre vie professionnelle et vie privée, les télétravailleurs doivent être invités à ne pas se connecter aux outils de télécommunication en dehors des heures de travail et à ne pas répondre à des sollicitations de collègues durant leur temps libre²⁰⁸.

Cela étant, l'employeur n'est pas en mesure de contrôler le respect de ces règles ni l'activité du télétravailleur dans la même mesure qu'au sein de ses locaux. Il en découle un rapport de confiance particulier²⁰⁹ et un **devoir de diligence plus étendu**²¹⁰. Le degré accru d'autonomie dont bénéficie le télétravailleur va de pair avec des exigences plus élevées en termes de rigueur et de loyauté attendues de sa part, notamment s'agissant de l'utilisation et de l'enregistrement du temps de travail²¹¹, ainsi que de l'application des

²⁰⁵ <https://www.theguardian.com/media/2021/mar/30/us-military-account-gibberish-tweet-viral-mystery> (consulté le 13 janvier 2022).

²⁰⁶ Arbeitsgericht Zürich, jugement du 8 mai 1990, *in* : JAR 1991, pp. 105 s. ; DOMENIG, p. 159.

²⁰⁷ NCSC, Télétravail : recommandations pour l'utilisateur, 2 avril 2020, p. 3.

²⁰⁸ LEMPEN/MAJOR, p. 110 ; Pour un exemple, voir l'art. 21.1 de la CCT Sunrise UPC Sàrl (2022) qui prévoit un droit de se déconnecter, de n'être pas joignables ainsi que de ne pas réagir en dehors de la réglementation établie en matière de temps de travail.

²⁰⁹ WYLER/HEINZER, p. 112 ; Rapport du CF du 16 novembre 2016, p. 39.

²¹⁰ PULVER/MAHON/GUY-ECABERT, p. 27.

²¹¹ LEMPEN, p. 12 ; WYLER/HEINZER, p. 112. Le Tribunal fédéral a p. ex. relevé que la position de l'employé, sa fonction et les responsabilités qui lui sont confiées peuvent entraîner un accroissement des exigences quant à sa rigueur et à sa loyauté, quelle que soit sa position hiérarchique (TF 4A_105/2018 du 10 octobre 2018, c. 3.2.1, cité par LEMPEN, nbp. 8 p. 12) ; voir aussi l'arrêt A-3265/2018 du Tribunal administratif fédéral du 2 mai 2019, concernant le licenciement d'une employée qui avait enregistré de manière systématique et sur une longue durée comme temps de travail ses déplacements entre son domicile et les bureaux de l'entreprise alors qu'aucun accord ne le prévoyait et qu'il ne s'agissait pas de jours de télétravail.

mesures de protection de la santé. Le pouvoir d'intervention et de contrôle limité de l'entreprise au lieu de télétravail (particulièrement au domicile de l'employé) rend essentielle la collaboration active des télétravailleurs à l'application des mesures de protection de la santé (art. 6 al. 3 LTr)²¹².

En définitive, la possibilité de contrôler l'exécution du travail à distance est nécessairement limitée. Les difficultés pratiques de contrôler l'exécution du travail, ainsi que la flexibilité temporelle et organisationnelle régulièrement accordée au télétravailleur, ont pour corollaire une responsabilisation accrue de ce dernier dans l'accomplissement de son obligation de diligence. Cette situation présente des analogies avec l'autonomie dont dispose le travailleur bénéficiant d'un horaire de travail flexible, lequel peut gérer librement son temps de travail (dans un cadre prédéfini) sur une période donnée, mais assume en contrepartie la responsabilité de récupérer à temps (par un congé) le solde de travail excédentaire librement accumulé²¹³. Le télétravail est un mode d'organisation qui repose sur la confiance. En contrepartie de l'autonomie dont il dispose, le télétravailleur doit agir de manière responsable dans l'accomplissement effectif de ses tâches, la gestion du temps de travail et des horaires, la protection du matériel et des données professionnelles, et l'observation des prescriptions de protection de la santé.

F. Salaire en cas d'empêchement de travailler dû à une perturbation technique ou naturelle au lieu de télétravail

Il est admis que les perturbations techniques, telles qu'interruptions de courant et pannes entraînant l'arrêt des machines, et les perturbations naturelles, telles qu'un dégât d'eau ou un incendie rendant les locaux de travail et les équipements inutilisables, relèvent du risque d'entreprise à charge de l'employeur (art. 324 al. 1 CO)²¹⁴.

Cette répartition des risques est la même quel que soit le lieu de travail et n'est pas différente en cas de télétravail²¹⁵. Le fait que l'incident rendant la prestation de travail impossible survienne dans la sphère privée du travailleur n'y change rien. Comme le relève CARRUZZO, la demeure de l'employeur peut découler de la survenance d'événements ou de circonstances totalement indépendantes de sa volonté, dont il doit cependant répondre

²¹² ETTER/SOKOLL, pp. 698 s.

²¹³ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 5.4.4 ; TF 4A_227/2016 du 24 octobre 2016, c. 4.3.

²¹⁴ CARRUZZO, p. 178 ; LONGCHAMP, N 5 *ad* art. 324 CO ; WYLER/HEINZER, p. 271 ; PORTMANN/RUDOLPH, N 4 *ad* art. 324 CO.

²¹⁵ DOMENIG, pp. 192 ss ; PÄRLI/EGGMANN, p. 17.

en vertu de la loi ou du contrat, même si lesdits événements ne le frappent pas directement²¹⁶.

Peu importe que les équipements rendus inutilisables appartiennent à l'employeur ou qu'il s'agisse du matériel personnel du travailleur²¹⁷. Peu importe également que le télétravail intervienne dans l'intérêt personnel du travailleur et que celui-ci dispose en tout temps d'une place de travail dans les locaux de l'employeur²¹⁸.

En revanche, l'employeur n'est pas en demeure si l'impossibilité d'exécuter le travail est imputable au travailleur. Tel sera par exemple le cas si ce dernier endommage l'ordinateur par une utilisation inadéquate, ou s'il omet de payer la facture pour sa connexion internet privée²¹⁹.

L'employeur en demeure reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail (art. 324 al. 1 CO). Ce dernier doit remédier aussi rapidement que possible à la perturbation si cela relève de sa sphère d'influence. L'employeur peut exiger – sur la base de son pouvoir d'instruction (art. 321d CO) – que le travail soit effectué dans les locaux de l'entreprise jusqu'à ce que le télétravail soit à nouveau possible²²⁰ ou confier temporairement au télétravailleur d'autres tâches ne nécessitant pas l'utilisation du matériel rendu inutilisable, même s'il s'agit de tâches qui n'ont pas été prévues contractuellement²²¹. Cette situation présente des analogies avec le cas du voyageur de commerce qui continue à recevoir son salaire malgré un empêchement non fautif de voyager, auquel l'art. 349c al. 3 CO impose l'obligation d'accepter une activité de remplacement proposée par l'employeur (en particulier « dans l'établissement »), pour autant qu'il soit capable de s'en charger et qu'on puisse raisonnablement l'exiger de lui²²². L'obligation d'exécuter en cas d'urgence un autre travail que celui qui a été prévu contractuellement découle du devoir de fidélité (art. 321a al. 1 CO)²²³ et de l'obligation de réduire le dommage (art. 324 al. 2 CO).

Le travailleur qui refuse sans motif légitime une solution raisonnable de remplacement perd son droit au salaire²²⁴. A cet égard, une plus grande flexibilité peut être attendue de la

²¹⁶ CARRUZZO, Rémunération, pp. 107 s.

²¹⁷ DOMENIG, p. 194.

²¹⁸ DOMENIG, p. 196.

²¹⁹ WYLER/HEINZER, p. 264 ; DOMENIG, p. 195.

²²⁰ DOMENIG, pp. 198 ss ; PÄRLI/EGGMANN, p. 17.

²²¹ DOMENIG, pp. 198 ss ; CARRUZZO, Rémunération, pp. 115 s.

²²² SUBILIA/DUC, N 8 ss *ad* art. 349c CO.

²²³ FF 1967 II 308.

²²⁴ CARRUZZO, p. 182.

partie salariée lorsque le télétravail est facultatif et qu'une place de travail est à sa disposition dans l'entreprise.

Par ailleurs, conformément à son obligation de contribuer à la réduction du dommage en cas de demeure de l'employeur (art. 324 al. 2 CO), l'employé qui continue à recevoir son salaire sans fournir sa prestation ne peut pas, de bonne foi, s'opposer à la compensation de ses heures supplémentaires durant la période correspondante, et cela même en l'absence d'un accord contractuel prévoyant la compensation en nature des heures supplémentaires²²⁵.

L'employeur qui se trouve en demeure ne peut en revanche pas exiger du travailleur qu'il rattrape ultérieurement tout ou partie des heures perdues, sous réserve de quelques cas restreints, notamment des cas où la perturbation est de courte durée (quelques heures) et où le télétravailleur bénéficie d'une grande flexibilité d'horaire. Dans un tel cas, DOMENIG estime exigible que le télétravailleur poursuive son activité ultérieurement (dans les limites fixées par la loi sur le travail)²²⁶. Un tel devoir peut découler selon les circonstances du devoir de fidélité.

IV. Conclusion

Le télétravail est un mode d'exécution qui nécessite en principe l'accord des deux parties (sous réserve de situations exceptionnelles telles que celle de la pandémie de Covid-19), qui repose sur la confiance (réciproque) et qui permet au travailleur de bénéficier d'une certaine autonomie dans l'accomplissement de son travail. Cette autonomie s'exerce dans le cadre défini par le contrat et les directives de l'employeur, conformément au rapport de subordination propre au contrat de travail. Elle a pour corollaire une responsabilisation accrue du télétravailleur dans l'accomplissement de son obligation de diligence.

Les règles ordinaires du Code des obligations apparaissent suffisamment souples pour permettre d'appréhender de manière générale les spécificités liées au télétravail. La répartition des frais entre les parties dans le cadre du travail à domicile pose toutefois des difficultés particulières, qui nécessitent de trouver des solutions pragmatiques afin de garantir la sécurité du droit et de favoriser cette forme de travail. Il paraît notamment approprié d'accepter un certain schématisme en fixant un montant forfaitaire pour l'utilisation professionnelle de l'infrastructure privée en cas de home office nécessaire ou exigé par l'employeur, et – lorsque l'employeur réduit le nombre de places de travail en

²²⁵ CARRUZZO, Rémunération, p. 114.

²²⁶ DOMENIG, pp. 199 s.

entreprise (desksharing) – de fixer des seuils en fonction du ratio de partage en tenant compte de la distinction entre télétravail nécessaire et télétravail facultatif.

Enfin, pour les nombreuses entreprises employant du personnel domicilié à l'étranger, en particulier les frontaliers, les règles européennes de coordination de la sécurité sociale, le droit fiscal international, les règles de for et le droit international privé limitent concrètement l'ampleur du télétravail pouvant être autorisé à l'étranger par l'employeur sans courir le risque d'être soumis à un ou plusieurs systèmes de sécurité sociale, fors ou droits impératifs étrangers. Afin d'éviter que le télétravail soit limité pour tout le personnel au sein de ces entreprises, il nous paraît justifié et proportionné d'admettre qu'une différence de traitement avec les travailleurs résidant en Suisse est objectivement justifiée, non discriminatoire et compatible avec l'ALCP.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- AUBERT DAVID, *ad art. 351 CO*, in : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.
- AUBERT GABRIEL, L'indexation du salaire à l'euro : observations sur deux arrêts du Tribunal fédéral, in : RDS 1/2020, pp. 95-104 (cité AUBERT, Salaire).
- BILLARANT JULIEN, *Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2020.
- BIRKHÄUSER NICOLAS/HADORN MARCEL, BYOD – Bring Your Own Device, in : RSJ 2013 pp. 201-207.
- BLATTMANN RAFFAEL/STUTZ MICHÈLE, *Kostentragung im Homeoffice*, in : Isabelle Wildhaber (édit.), *Handbuch Homeoffice*, Saint-Gall 2021, pp. 23-45.
- BLESI ALFRED/HIRSIGER RENÉ/PIETRUSZAK THOMAS, *Arbeitsrecht*, in : COVID-19 : ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Bâle 2020, pp. 39-76.
- BOILLET VÉRONIQUE, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle 2010.
- BONOMI ANDREA, *ad art. 121 LDIP*, in : Bucher (édit.), *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Bâle 2011.
- BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, *Commentaire du contrat de travail*, 4^e éd., Lausanne 2019.
- CARCAGNI ROESLER ROMINA, *Home Office*, in : ArbR 2014, pp. 71-91.
- CARRON VINCENT, *Mobbing et demeure de l'employeur*, in : Wyler (édit.), *Panorama en droit du travail*, Berne 2009, pp. 115-139.
- CARRUZZO PHILIPPE, *La rémunération du travailleur et le remboursement des frais*, Genève 2007 (cité : CARRUZZO, Rémunération).
- CARRUZZO PHILIPPE, *Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Zurich/Bâle/Genève 2009.
- CIRIGLIANO LUCA, *Numérisation et droit du travail*, in : PJA 2018, pp. 438-447 (cité : CIRIGLIANO, Numérisation).
- CIRIGLIANO LUCA/NIEMEYER JENS, *Homeoffice : rechtliche Regelungen sowie Mustervertrag für die Praxis*, in : Jusletter du 30 novembre 2020.
- DANTHE MARIE-GISÈLE, *ad art. 327a CO*, in : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.
- DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, *Procédure civile et droit du travail*, in : Bohnet/Dunand/Mahon (édit.), *Les procédures en droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2020, pp. 1-30.
- DOMENIG PASCAL, *Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis*, Berne 2016.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *ad art. 319, 321d CO*, in : Dunand/Mahon (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, Berne 2013.

- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Internet au travail : droits et obligations de l'employeur et du travailleur, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, Genève/Bâle/Zurich 2014, pp. 33-70 (cité : DUNAND, Internet).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/WYLER RÉMY, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du 9 avril 2020 de l'Université de Neuchâtel (cité : DUNAND/WYLER, Coronavirus).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/WYLER RÉMY, Coronavirus et droit suisse du travail : quelques questions en période de déconfinement, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch du 28 mai 2020 de l'Université de Neuchâtel (cité : DUNAND/WYLER, Déconfinement).
- DUPONT ANNE-SYLVIE, Les règles européennes de coordination des régimes de sécurité sociale à l'épreuve des nouvelles formes de travail, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 291-322 (cité : DUPONT, Coordination).
- ETTER BORIS/SOKOLL JOHANNES, Gesundheitsschutz im Homeoffice, *in* : RSJ 116/2020, pp. 695-704.
- FANTI SÉBASTIEN, Bref aperçu des aspects légaux du BYOD (Bring Your Own Device), *in* : Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, Genève/Bâle/Zurich 2014, pp. 165-203.
- GEISER THOMAS, Neue Arbeitsformen, *in* : PJA 1995, pp. 557-568.
- GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, *in* : PJA 2020, pp. 545-551 (cité : GEISER, Coronavirus).
- GUILLAUME FLORENCE, Le contrat de travail international : règles de droit international privé et plateformes numériques, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 193-257.
- HISCHIER ROGER, Grenzüberschreitende Sachverhalte bei Homeoffice, *in* : Isabelle Wildhaber (édit.), Handbuch Homeoffice, Saint-Gall 2021, pp. 177-209.
- LEMPEN KARINE, La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011-2015), *in* : Dunand/Lempen/Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail, 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève/Zurich/Bâle 2016, pp. 135-157 (cité : LEMPEN, Discrimination).
- LEMPEN KARINE, Le devoir de fidélité de la personne salariée à l'ère numérique, *in* : RDS 2019, pp. 11-36.
- LEMPEN KARINE, *ad* art. 328 CO, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021.
- LEMPEN KARINE/MAJOR MARIE, Les normes de l'OIT et les discours sur le temps de travail en Suisse. Vers un contrôle accru des personnes salariées sur leur temps ?, *in* : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), L'OIT et le droit social en Suisse : 100 ans et après ?, Genève 2019, pp. 81-135.
- LONGCHAMP GUY, *ad* art. 324 CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- MEIER ANNE, *ad* art. 319 CO, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021.
- MEIER ANNE/PÄRLI KURT/SEILER ZOÉ, Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie, Genève/Berne/Bâle 2018.

- MILANI DOMINIK, *ad art. 321 CO*, in : Etter/Facincani/Sutter (édit.), *Arbeitsvertrag*, Berne 2021.
- MÜLLER ROLAND/HOFER CÉLINE/STENGEL MANUEL, *Arbeitsort und Arbeitsweg*, in : PJA 2015, pp. 564-578.
- NOVIER MERCEDES, *La participation des travailleurs dans la santé au travail*, in : Rémy Wyler (édit.), *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, pp. 181-239.
- PÄRLI KURT/EGGMANN JONAS, *Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice*, in : Jusletter du 22 février 2021.
- PERRENOUD STÉPHANIE, *ad art. 324, 336c CO*, in : Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, 3^e éd., Bâle 2021.
- PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, *ad art. 324, 327, 327a et 328 CO*, in : Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6^e éd. Bâle 2015.
- PROBST DOMINIK, *ad art. 327, 327a CO*, in : Etter/Facincani/Sutter (édit.), *Arbeitsvertrag*, Berne 2021.
- PULVER BERNHARD/MAHON PASCAL/GUY-ECABERT CHRISTINE, *Aspect juridique du télétravail*, in : *Technology assessment 2000*.
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, *Berner Kommentar, Obligationenrecht*, vol. VI/2/1, Berne 2010.
- RIONDEL GHISLAINE, *La prise en charge des soins de santé dans un contexte transfrontalier européen*, Genève/Zurich/Bâle 2016.
- RIONDEL BESSON GHISLAINE, *Les frontaliers et le télétravail dans le contexte de la pandémie de COVID-19. Etats des lieux et conséquences de la poursuite du télétravail après la pandémie*, in : Pétremand (édit.), *Assurances sociales et pandémie de Covid-19*, Berne 2021, pp. 233-251 (cité : RIONDEL BESSON, *Télétravail*).
- SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, *Le travailleur en quarantaine*, in : Jusletter du 23 mars 2020.
- STAEHELIN ADRIAN, *Der Arbeitsvertrag : Art. 319-330a OR*, Zürcher Kommentar, Teilband V/2c, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2006.
- STEIGER-SACKMANN SABINE, *Arbeitsrechtlicher Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit*, in : DTA 2020, pp. 300-315.
- STREIF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- SUBILIA OLIVIER/DUC JEAN-LOUIS, *Droit du travail*, Lausanne 2010.
- TSCHANNEN EMANUEL GEORG, *Der Homeoffice-Vertrag als Innominatkontrakt*, in : *recht 2018*, pp. 1-8.
- WILDHABER ISABELLE, *Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, Zurich/Bâle/Genève 2011 (cité : WILDHABER, *Umstrukturierungen*).
- WILDHABER ISABELLE, *Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten*, in : RDS, numéro spécial 2020, pp. 157-179 (cité : WILDHABER, *Pandemiezeiten*).
- WILDHABER ISABELLE/HÄNSENBERGER SILVIO, *Bring Your Own Device (BYOD)*, in : DTA 2016, pp. 151-165.
- WITZIG AURÉLIEN, *Droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2018.

- WITZIG AURÉLIEN, Influences du droit de l'Union européenne sur le droit du travail suisse, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 261-290 (cité : WITZIG, Influences).
- WITZIG AURÉLIEN, *ad art. 321d, 327a CO*, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021.
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019.
- WYLER RÉMY/ZANDIRAD DAVID, Plateformes numériques et contrat de travail, *in* : Jusletter du 26 octobre 2020.
- ZAPPELLA ROXANE, Le paiement du salaire en euros, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux du droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 323-349.
- ZEIN BASSEM, *ad art. 351 CO*, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021.

VALÉRIE BERSET BIRCHER/CÉLINE BRUGGER/CORINA
MÜLLER KÖNZ

Protection de la santé et télétravail en droit suisse et international

Sommaire	Page
I. Introduction	104
II. Protection de la santé et télétravail en droit suisse	106
A. Le télétravail est couvert par la loi sur le travail (LTr)	106
1. Champ d'application de la LTr	106
2. Protection de la santé au sens large	107
3. Les principes	107
a) La LTr s'applique en principe indépendamment du lieu où s'exerce l'activité	107
b) La protection de la santé au sens étroit	108
aa) Organisation du travail	108
bb) Ergonomie	109
cc) Mesures spéciales indiquées par la situation	109
c) Les règles concernant la durée du travail et du repos	110
aa) Interdiction du travail de nuit et du travail du dimanche	110
bb) Repos quotidien et repos hebdomadaire	110
cc) Respect de la durée maximale de travail hebdomadaire	110
dd) Pauses	110
ee) Enregistrement du temps de travail	110
d) La protection spéciale des jeunes travailleurs, des femmes enceintes ainsi que des travailleurs avec responsabilités familiales	111
B. Le télétravail comme défi pour l'application de la LTr	112
1. Limites de la responsabilité de l'employeur	112
2. Limites de droit d'accès pour les organes d'exécution	112
III. Protection de la santé et télétravail en droit international	113
A. Définitions et développements récents	113
B. Instruments législatifs de l'OIT protégeant la santé des télétravailleurs	115
1. Instruments prévoyant des mesures de protection organisationnelles	116
a) La Convention n° 30 de l'OIT sur la durée du travail dans le commerce et les bureaux, 1930	117
b) La Convention n° 106 sur le repos hebdomadaire dans le commerce et les bureaux, 1957	118
c) La Convention n°156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales, 1981	118

2. Instruments prévoyant des mesures de protection de la santé et de la sécurité	119
a) La Convention n° 155 de l'OIT sur la sécurité et la santé des travailleurs, 1981	119
b) La Convention n° 120 sur l'hygiène dans le commerce et les bureaux, 1964	120
c) La Convention n°190 sur la violence et le harcèlement, 2019	121
IV. Conclusion	122
Bibliographie	125

I. Introduction

Avant même la pandémie, le processus de numérisation avait déjà commencé à modifier profondément les modes d'organisation de l'emploi et des milieux de travail, avec plusieurs conséquences potentiellement importantes tant en ce qui concerne les qualifications et compétences exigées des travailleurs, que leur bien-être et les normes du travail¹.

Le télétravail ou travail à distance revêt un intérêt particulier lorsqu'il est effectué à domicile (« Home Office »). Plusieurs questions spécifiques se posent lors de la flexibilisation de la place de travail quand celle-ci est déplacée de l'entreprise au domicile du travailleur. Ce sont en premier lieu les questions liées aux dépenses faites par les travailleurs pour exercer leur activité professionnelle depuis leur domicile, soit à titre exceptionnel, soit de façon régulière qui se posent (matériel informatique, casque audio, chaise, papier, imprimante, etc.) et celles liées aux charges courantes (loyer, coûts d'électricité, abonnement internet, téléphone, etc.). Les réponses à ces questions se trouvent dans le droit du contrat de travail et ne feront pas l'objet de cette contribution.

Les implications négatives pour la santé ne se manifestent le plus souvent qu'avec un grand retard ; c'est la raison pour laquelle les questions en lien avec la protection de la santé ne sont pas spontanément soulevées. Mais comme ces effets négatifs pour la santé physique et psychique peuvent devenir chroniques, ils ne vont pas forcément disparaître une fois le télétravail abandonné ou réduit à une part moins importante. Il est donc crucial de s'en préoccuper.

L'expérience faite à grande échelle pendant la pandémie de COVID-19 a en effet prouvé que le danger de déséquilibre est réel si la vie professionnelle et la vie familiale se confondent. La vie privée et familiale interagissent sur la vie professionnelle et vice versa. La division vie professionnelle/vie familiale s'évanouit parfois totalement². Beaucoup de

¹ BIT, Guide pratique, p. 8.

² ILO, Managing, p. 18.

parents travaillant à domicile avec des enfants en bas âge qui devaient suivre l'école depuis la maison ont particulièrement mal vécu ce mélange des genres.

Le chevauchement entre travail rémunéré et vie personnelle peut avoir des effets négatifs pour les travailleurs (en particulier les femmes, qui assument toujours la plus grande part des tâches liées aux soins), mais aussi pour les entreprises, s'il a un impact négatif sur la productivité.

En même temps, le télétravail s'est manifesté comme une mesure de protection de la santé efficace à certains moments de la crise pandémique, en particulier pour les groupes de travailleurs les plus vulnérables.

Le droit du travail suisse ne règle pas ces questions de façon très explicite ni détaillée. Il n'y a pas de définition légale du télétravail, ni de catalogue de règles spécifiquement applicables à cette situation. Il s'agit plutôt de règles et principes généraux applicables à toutes les situations de travail qu'on doit donc transposer dans ce contexte particulier.

Ce défaut de règles explicites nous a guidées dans le choix de faire une présentation extensive des instruments internationaux qui peuvent s'appliquer au télétravail ou servir de point de repère dans la pratique lorsqu'il s'agit de trouver des réponses.

En droit international, il n'existe pas d'instrument légal qui règle spécifiquement le télétravail mais il existe une série d'instruments de l'Organisation internationale du Travail (OIT) pertinents pour ce type de travail qui seront exposés ci-après. Le Conseil d'administration de l'OIT n'a pour l'instant pas prévu de mettre à l'ordre du jour une question normative sur le télétravail. Les thèmes prioritaires qui pourraient être envisagés à l'avenir sont par exemple le travail décent dans l'économie des plateformes numériques ou la protection des données personnelles des travailleurs à l'ère du numérique³.

En juin 2019, les Membres de l'OIT ont adopté la Déclaration du centenaire de l'OIT pour l'avenir du travail, appelant l'Organisation à poursuivre « son mandat constitutionnel au service de la justice sociale avec une inlassable énergie, en développant son approche de l'avenir du travail centrée sur l'humain, qui place les droits des travailleurs ainsi que les besoins, les aspirations et les droits de toutes les personnes au cœur des politiques économiques, sociales et environnementales ». Moins d'un an plus tard, le COVID-19 a plongé le monde entier dans une crise d'une ampleur et d'une portée sans précédent, rendant encore plus urgents les impératifs énoncés dans la Déclaration du centenaire, alors même que la communauté internationale prend collectivement des mesures pour surmonter les répercussions humaines dévastatrices de la pandémie⁴.

³ Voir discussions du Conseil d'administration de l'OIT de novembre 2021.

⁴ OIT, Cadre politique, p. 2.

La Déclaration du centenaire de l'OIT dispose : « l'OIT doit consacrer ses efforts à : [...] exploiter tout le potentiel du progrès technologique et de l'augmentation de la productivité, notamment grâce au dialogue social, pour parvenir au travail décent et à un développement durable visant à garantir à tous la dignité, l'épanouissement personnel et le partage équitable de leurs avantages »⁵.

Ce progrès technologique dont parle l'OIT a notamment permis d'intensifier le recours au télétravail et par conséquent de maintenir de nombreuses activités durant la pandémie⁶.

D'autres avantages pour les entreprises et les travailleurs tels que la réduction du temps de déplacement entre le domicile et le lieu de travail, une plus grande flexibilité et autonomie, une réduction des coûts (immobilier, transport, nourriture, ...), l'augmentation de la productivité, un meilleur équilibre entre vie professionnelle et familiale sont également à souligner⁷. Toutefois, le recours à cette forme de travail comporte également des risques, comme celui de la protection de la santé.

II. Protection de la santé et télétravail en droit suisse

A. Le télétravail est couvert par la loi sur le travail (LTr)

1. Champ d'application de la LTr

Tous les rapports de travail soumis au champ d'application de la loi sur le travail (LTr)⁸, sont couverts par la protection de santé de travailleurs prévue par cette loi : « La loi s'applique, sous réserve des art. 2 à 4, à toutes les entreprises publiques et privées »⁹. L'exception quant aux personnes (« La loi... ne s'applique pas... aux travailleurs à domicile »), énumérée dans l'art. 3 let. f, ne s'applique pas aux travailleurs qui effectuent du télétravail depuis leur domicile, car cette exclusion est motivée par le fait qu'une loi spéciale règle la protection des travailleurs à domicile au sens traditionnel¹⁰ soit la loi sur le travail à domicile¹¹. Ces derniers exécutent des travaux artisanaux ou industriels accomplis à la main ou à la machine, seul ou à l'aide de membres de leur famille, dans leur propre logement (ou dans un autre local de leur choix) contre versement d'un salaire.

⁵ Déclaration du centenaire de l'OIT pour l'avenir du travail, 2019 II A ii).

⁶ BIT, Guide pratique, p. 1 ; CEACR, Promoting employment and decent working, § 29.

⁷ BIT, Document d'orientation, § 50 s. ; BIT, Guide pratique, p. 1 ; BIT, Temps de travail décent, § 740.

⁸ RS 822.11.

⁹ Art. 1 al. 1 LTr.

¹⁰ FF 1960 II 885, 926.

¹¹ Loi sur le travail à domicile, LTrD, RS 822.31.

Ce type de travail à domicile est devenu très rare au fil du temps. Toutes les autres formes de travail à domicile – qui n’entrent pas dans le champ d’application de la loi sur le travail à domicile – ne sont donc clairement pas concernées par cette exclusion du champ d’application de la loi sur le travail¹² et constituent la forme la plus répandue de travail à domicile à l’heure actuelle. Pour les travailleurs exerçant une fonction dirigeante élevée ou scientifique au sens de l’art. 3 let. d, l’exclusion au champ d’application se limite aux prescriptions de durée du travail – selon l’art. 3a LTr les dispositions concernant la santé au travail au sens étroit leur sont applicables, de même pour les employés des administrations fédérales, cantonales et communales (en lien avec art. 2 al. 1 let. a LTr).

2. Protection de la santé au sens large

Dans le cadre de cette intervention, la protection de la santé est comprise au sens large, c’est-à-dire selon la compétence attribuée à la Confédération à l’art. 110 Cst. pour régler les obligations des employeurs envers leurs travailleurs en matière de protection. Elle englobe toutes les mesures de la LTr aussi bien du chapitre II, qui traite de la protection de la santé au sens étroit fondée sur l’art. 6 LTr et l’Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail¹³ que toutes les dispositions de durée du travail du chapitre III ainsi que les dispositions spéciales de protection du chapitre IV.

3. Les principes

Pour les rapports de travail qui sont couverts par le champ d’application de la LTr, la situation juridique se présente comme suit :

a) La LTr s’applique en principe indépendamment du lieu où s’exerce l’activité

La LTr s’applique indépendamment du lieu de travail pour autant que celui-ci se trouve en Suisse : « La loi sur le travail comporte des éléments de droit public dont la surveillance et l’exécution incombent aux organes de l’Etat. Le principe de territorialité limite l’exécution de la loi à l’échelle nationale, sous réserve d’accords passés entre Etats pour prévoir l’applicabilité du droit suisse à l’étranger. En revanche, il va de soi que la loi s’applique aux travailleurs étrangers exerçant leur activité en Suisse pour un employeur suisse, ainsi qu’aux travailleurs délégués en Suisse par un employeur étranger pour y effectuer un travail »¹⁴.

¹² SECO, Commentaire *ad* art. 2 LTr, p. 003-2.

¹³ RS 822.113.

¹⁴ SECO, Commentaire *ad* art. 1 al. 3 LTr, p. 001-3.

Comme la notion d'entreprise n'est pas subordonnée à l'utilisation de locaux particuliers ou d'installations fixes, « l'activité professionnelle de l'entreprise exercée au domicile même peut elle aussi tomber sous le coup de la loi... »¹⁵. La LTr s'applique donc aussi au télétravail.

b) La protection de la santé au sens étroit

Les principes de la protection de la santé au sens étroit sont contenus dans l'art. 6 LTr et l'art. 2 de l'OLT 3 et ils s'appliquent aussi aux télétravailleurs.

Selon l'art 6 LTr, « l'employeur est tenu de prendre toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions d'exploitation de l'entreprise » pour protéger la santé des travailleurs. L'employeur doit en outre prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger l'intégrité personnelle des travailleurs et il doit aménager ses installations et régler la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs des dangers menaçant leur santé et du surmenage. Selon l'alinéa 3 de cet article, l'employeur doit faire collaborer les travailleurs aux mesures de protection de la santé. Ceux-ci sont tenus de seconder l'employeur dans l'application des prescriptions sur la protection de la santé.

L'art. 2 de l'OLT 3 spécifie ce principe comme suit : « L'employeur est tenu de donner toutes les directives et de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer et d'améliorer la protection de la santé physique et psychique. Il doit en particulier faire en sorte que :

- a. en matière d'ergonomie et de protection de la santé, les conditions de travail soient bonnes ;
- b. la santé ne subisse pas d'atteintes dues à des influences physiques, chimiques ou biologiques ;
- c. des efforts excessifs ou trop répétitifs soient évités ;
- d. le travail soit organisé d'une façon appropriée ».

aa) Organisation du travail

Le télétravail pose des exigences élevées en ce qui concerne l'obligation qui incombe à l'employeur d'organiser le travail d'une façon appropriée. L'employeur doit par exemple veiller à ce que la charge de travail soit répartie de façon équitable, que les travailleurs disposent des informations et matériaux pour accomplir leurs tâches, que les échanges nécessaires aient lieu, ce qui a tendance à être plus difficile si les personnes ne se trouvent

¹⁵ SECO, Commentaire *ad* art. 1 al. 2 LTr, p. 001-1.

pas sur place. Il doit aussi fixer le cadre temporel dans lequel les échanges ont lieu pour éviter la surcharge.

bb) Ergonomie

Le télétravail est le plus souvent un travail en posture assise, devant un écran, avec les risques bien connus de troubles musculo-squelettiques qui y sont associés. La loi sur le travail impose un aménagement ergonomique des postes de travail ainsi que des outils de travail adéquats, de manière à protéger le personnel des dommages corporels que peut entraîner à long terme l'exercice d'une activité. Les risques pour l'appareil locomoteur requièrent une attention particulière (muscles, os et tendons). Il s'agit par exemple de placer l'écran de façon perpendiculaire à la source de lumière naturelle pour éviter les reflets et les éblouissements, d'avoir des équipements qui permettent un réglage individuel de la hauteur de la chaise et de la place de travail ainsi que de l'écran et de la distance œil-écran.

cc) Mesures spéciales indiquées par la situation

Le télétravail comporte aussi des risques psychosociaux : lorsqu'une personne travaille pendant plusieurs jours depuis chez elle, le manque de communication et d'échange avec des collègues peut avoir des répercussions sur sa santé. Ce phénomène va croissant avec la fréquence du télétravail à domicile. Mettre en place un rythme de communication sous forme électronique (par exemple au moyen de vidéoconférences) pendant le télétravail à domicile ou fixer des rendez-vous obligatoires dans l'entreprise constituent à cet égard des facteurs clés de succès¹⁶. Il est aussi important de définir des laps de temps pendant lesquels le travail doit être fourni et d'autres pendant lesquels il n'a pas à l'être. L'aménagement concret varie d'une entreprise à l'autre et peut être défini dans des directives internes, par des clauses du contrat de travail, par des accords avec la représentation interne des travailleurs ou par des conventions conclues collectivement entre les associations d'employeurs et de travailleurs. L'employeur doit aussi prendre en compte le fait que les travailleurs ont souvent tendance à poursuivre leur activité alors qu'ils sont en fait malades (présentéisme)¹⁷. Cela peut avoir des effets très négatifs à moyen et long terme. Il est donc important d'aborder cette question dans l'entreprise et de prévoir des procédures qui permettent au travailleur plus facilement d'indiquer quand une telle situation se présente et de prendre le temps nécessaire pour se remettre.

¹⁶ SECO, Home office, p. 10.

¹⁷ WILDHABER/PIETRUSZAK, § 29 ss.

c) Les règles concernant la durée du travail et du repos

aa) Interdiction du travail de nuit et du travail du dimanche

Il est interdit de travailler la nuit (art. 16 LTr), le dimanche (art. 19 LTr) et les jours fériés (art. 20a LTr). Toute dérogation à cette interdiction requiert, en l'absence de prescriptions légales contraires, une autorisation de l'autorité compétente. L'employeur qui remarque que ces limites ne sont pas respectées doit intervenir auprès de ses employés et faire cesser une telle pratique¹⁸. Cela fait partie intégrante de son devoir de diligence.

bb) Repos quotidien et repos hebdomadaire

Le repos quotidien entre deux journées de travail doit être d'au moins onze heures (art. 15a LTr). Il peut être réduit à huit heures une fois par semaine pour autant qu'une durée moyenne de onze heures soit assurée sur deux semaines. Pendant le temps de repos, l'employeur n'a pas de droit à pouvoir atteindre les travailleurs et ceux-ci ont le droit de ne pas être joignables.

cc) Respect de la durée maximale de travail hebdomadaire

La durée maximale de la semaine de travail pour le personnel de bureau est de 45 heures, même lorsque le travailleur travaille depuis chez lui (art. 9 LTr).

dd) Pauses

La loi prévoit à l'art. 15 que le travail doit être interrompu par des pauses d'au moins un quart d'heure, si le travail dure plus de 5 ½ heures, d'une demi-heure, si la journée de travail dure plus de 7 heures et d'une heure, si la journée de travail dure plus de 9 heures. Comme le télétravail est le plus souvent un travail en posture assise, il faut impérativement prévoir plus de pauses et des petites interruptions qui permettent de s'étirer régulièrement.

ee) Enregistrement du temps de travail

L'employeur a l'obligation de tenir à la disposition des autorités d'exécution les registres et autres pièces contenant les informations nécessaires à l'exécution de la loi (art. 46 LTr). Cela implique aussi l'enregistrement, l'emplacement et la durée du travail et des pauses (art. 73 Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail, OLT 1)¹⁹. Si les conditions énumérées à l'art. 73a OLT 1 sont réunies, un enregistrement simplifié peut être suffisant. Le mode d'enregistrement du temps de travail n'est pas réglé de manière contraignante.

¹⁸ WILDHABER/PIETRUSZAK, § 57.

¹⁹ RS 822.111.

L'employeur dispose donc d'une grande marge de manœuvre pour adapter les modalités techniques d'enregistrement à la situation spécifique du télétravail.

d) La protection spéciale des jeunes travailleurs, des femmes enceintes ainsi que des travailleurs avec responsabilités familiales

La LTr prévoit au chapitre IV un régime de protection spécial pour les jeunes travailleurs ainsi que pour les femmes enceintes et allaitantes et les travailleurs ayant des responsabilités familiales.

aa) Protection des jeunes travailleurs

De la protection pour jeunes travailleurs profitent les jeunes gens de moins de 18 ans (art. 29 LTr). Il est en principe interdit d'occuper des jeunes en dessous de 15 ans. Leur durée maximale du travail est de neuf heures et leur repos quotidien doit comporter au moins douze heures consécutives (art. 16, Ordonnance 5 relative à la loi sur le travail, Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs, OLT 5)²⁰.

bb) Protection des femmes enceintes et mères qui allaitent

Selon l'art. 35 LTr, l'employeur doit occuper les femmes enceintes et les mères qui allaitent de telle sorte que leur santé et la santé de l'enfant ne soient pas compromises et aménager leurs conditions de travail en conséquence²¹.

cc) Travailleurs ayant des responsabilités familiales

L'employeur doit tenir compte des responsabilités familiales des travailleurs (art. 36 LTr). A leur demande, une pause de midi d'au moins une heure et demie doit leur être accordée. Ils ne peuvent pas être affectés à un travail supplémentaire sans leur consentement. Depuis le 1^{er} janvier 2021, l'employeur doit accorder, sur présentation d'un certificat médical, un congé pour la prise en charge d'un membre de la famille ou du partenaire atteint dans sa santé jusqu'à trois jours par cas.

²⁰ RS 822.115.

²¹ Voir également la Convention n°183 de l'OIT sur la maternité, ratifiée par la Suisse.

B. Le télétravail comme défi pour l'application de la LTr²²

1. Limites de la responsabilité de l'employeur

L'employeur ne peut pas se dégager de sa responsabilité en invoquant le fait que le travailleur exerce son activité à domicile. Il ne peut toutefois pas être rendu responsable de situations qui se trouvent clairement en dehors de sa sphère d'influence. Comme le domicile du travailleur ne lui appartient pas, il doit trouver des moyens adéquats pour garantir que le travail s'effectue dans des conditions qui respectent la LTr. Il doit en particulier informer tous les travailleurs occupés dans son entreprise de manière suffisante et appropriée des risques physiques et psychiques potentiels auxquels ils sont exposés dans leur activité et les instruire des mesures de protection de la santé (art. 5 OLT 3).

L'employeur doit aussi s'assurer que les conditions de logement sont telles qu'un travail sans interruption soit effectivement possible. En cas de doute, il peut demander des explications complémentaires, voire même exiger des confirmations visuelles (par exemple photos ou vidéo). Comme le télétravail n'est pas un droit et repose sur une convention préalable, l'accès à des informations suffisamment pertinentes pour vérifier les conditions-cadre peut être posé comme condition préalable. En agissant de la sorte, l'employeur exerce son devoir de diligence en matière de protection de la santé des travailleurs et se prémunit contre d'éventuels reproches ultérieures, au cas où des problèmes surviendraient.

2. Limites de droit d'accès pour les organes d'exécution

Les organes d'exécution (inspections cantonales de travail) n'ont en principe pas accès au domicile des travailleurs. Mais ils peuvent vérifier si l'employeur a pris toutes les mesures qu'on peut raisonnablement exiger de lui.

²² En tant qu'autorité chargée de la haute-surveillance de l'exécution, le SECO a élaboré le matériel suivant, disponible sur son site internet, pour soutenir les employeurs et travailleurs dans la mise en œuvre du télétravail. Il s'agit de documents destinés à faciliter la compréhension des règles applicables et à encourager les bonnes pratiques : Travailler chez soi, Brochure SECO ; Travail sur écran, dépliant SECO/SUVA. Pour le télétravail en période de pandémie, Guide de survie ou trucs et astuces, aide-mémoire SECO. Voir : https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen.html.

III. Protection de la santé et télétravail en droit international

A. Définitions et développements récents

Le Bureau international du Travail (BIT) définit le télétravail comme le fait de recourir aux technologies de l'information et des communications (TIC) – téléphones intelligents, tablettes, ordinateurs portables et de bureau – pour effectuer des tâches hors des locaux de l'employeur²³.

Cette notion peut recouvrir un large éventail de situations. De nombreux termes définissent des formes particulières de télétravail : « télétravail pendulaire », « e-travail », « travail virtuel », « travail à distance », « travail externalisé », « travail substitué » ou « travail flexible ». Ces désignations varient selon le lieu d'exécution du travail, l'intensité et la régularité de l'utilisation des technologies de l'information et de communications.

Il n'existe pas de définition universellement acceptée. Toutefois, les éléments de recours aux TIC, de travail effectué hors des locaux de l'employeur (à domicile ou non ; régulièrement ou non) ainsi que de dépendance entre le travailleur et l'employeur se retrouvent dans la plupart des définitions²⁴.

L'exigence du lien de dépendance pour admettre l'existence de télétravail soulève la délicate question du statut des travailleurs actifs dans l'économie de plateformes. Selon le BIT, ce type de travail n'entre, en règle générale, pas dans la définition du télétravail²⁵.

Cette contribution porte principalement sur la protection de la santé des travailleurs effectuant leurs tâches à des fréquences variées, à l'aide des TIC, hors des locaux de leurs employeurs avec qui ils entretiennent un lien de dépendance.

Avant d'entrer plus en détail sur les instruments pertinents de l'OIT qui s'appliquent aux télétravailleurs et à leur santé, il est important de préciser les développements majeurs qui ont eu lieu depuis 2019 et le centenaire de l'OIT. Comme mentionné plus haut, la Déclaration du centenaire est un instrument historique qui permet de dessiner les priorités

²³ BIT, Guide pratique, p. 1 ; Eurofound and the International Labour Office, p. 5.

²⁴ Nous retrouvons ces éléments not. : Art. 2 de l'accord-cadre sur le télétravail signé par la Confédération Européenne des Syndicats de salariés, l'Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe et le Centre Européen des Entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général du 16 juillet 2002.

²⁵ BIT, Guide pratique, p. 1 ; Eurofound and the International Labour Office, p. 4 ; *a contrario* en Suisse : arrêt du TC/VD du 23 avril 2020 et arrêt CJ/GE (chambre administrative) ATA/553/2020 du 29 mai 2020.

à venir. Cette Déclaration précise que « des conditions de travail sûres et salubres sont fondamentales au travail décent ». Par cette affirmation, les mandants de l'OIT ont prié « le Conseil d'administration d'examiner, dans les meilleurs délais, des propositions visant à inclure la question des conditions de travail sûres et salubres dans le cadre de l'OIT relatif aux principes et droits fondamentaux au travail »²⁶. Cette étape importante a lancé un processus de négociation qui est encore en cours. Au moment de la rédaction de cet article, le Conseil d'administration de l'OIT a prévu « d'inscrire à l'ordre du jour de la session de la Conférence internationale du travail de 2022 une question concernant l'inclusion des conditions de travail sûres et salubres dans le cadre des principes et droits fondamentaux au travail de l'OIT moyennant une modification de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, 1998 »²⁷. En effet, il est nécessaire de réviser le texte principal qui énumère les droits et principes fondamentaux au travail qui date de 1998. Cette révision devrait avoir lieu en juin 2022. En préparation, les mandants ont demandé d'avoir une nouvelle discussion en mars 2022 afin d'identifier les instruments relatifs à la sécurité et la santé au travail devant être reconnus comme instruments fondamentaux. Plusieurs instruments sont actuellement mentionnés comme par exemple les conventions n° 155 et 187 de l'OIT. Les négociations devront aboutir dans les prochains mois afin de déterminer quelles conventions de l'OIT sont élevées au rang de fondamentales pour définir le droit à la santé et la sécurité au travail.

Cette évolution est évidemment aussi pertinente pour la santé et la sécurité des télétravailleurs puisqu'un nouveau droit fondamental sera défini au sein de l'OIT avec un impact universel. Vingt ans après l'élaboration de quatre droits fondamentaux au travail²⁸, la communauté internationale s'apprête à y ajouter celui de la santé au travail. C'est une avancée majeure.

Au-delà de ces développements en ce qui concerne la législation internationale, il est aussi intéressant de rappeler les 4 piliers qui ont été mis en place par l'OIT dès le début de la crise Covid afin d'accompagner et de conseiller les pays membres. L'OIT a structuré ses messages politiques clés autour de quatre axes essentiels : stimuler l'économie et l'emploi ; soutenir les entreprises, les emplois et les revenus ; s'appuyer sur le dialogue social pour trouver des solutions et protéger les travailleurs sur leur lieu de travail. C'est ce dernier axe qui nous intéresse particulièrement dans cette contribution.

²⁶ Résolution sur la Déclaration du centenaire de l'OIT pour l'avenir du travail.

²⁷ Voir décisions du Conseil d'administration de l'OIT de novembre 2021.

²⁸ Interdiction du travail des enfants, interdiction du travail forcé, égalité sur le lieu de travail, négociation collective et liberté d'association.

« Faire en sorte que le travail soit effectué en toute sécurité : voilà une priorité universelle »²⁹. En ce qui concerne le télétravail, l'OIT a émis les recommandations suivantes : surmonter les problèmes liés à l'isolement ; travailler en équipe en ligne et/ou gérer ces équipes ; maintenir la productivité tout en travaillant à distance ; équilibrer le travail rémunéré et les tâches domestiques³⁰.

Etant donné que la plupart des pays ont recommandé le télétravail à un moment ou un autre, l'OIT a aussi donné des conseils très pratiques afin d'adapter les processus et les modalités de travail : fournir gratuitement des équipements efficaces de protection individuelle et leur offrir un soutien psychologique ; préconiser des mesures en matière d'ergonomie ; veiller à l'équilibre entre les activités professionnelles et la vie familiale ; assurer la sécurité du milieu de travail (adapter les locaux aux besoins des personnes, mesures contre le harcèlement informatique et la violence domestique)³¹.

En conséquence de ces recommandations universelles, les programmes de l'OIT en entreprise soutenus par la Suisse sur le terrain ont été adaptés en redirigeant la majorité des ressources pour protéger la santé et à la sécurité des travailleurs soit en entreprise soit en accompagnant le passage au télétravail via des modules de formation.

B. Instruments législatifs de l'OIT protégeant la santé des télétravailleurs

Aucun instrument de droit international du travail ne régle spécifiquement la protection de la santé du télétravailleur³², ni ne régle le télétravail. La Convention n° 177 de l'OIT sur le travail à domicile (1996) et la recommandation n° 184³³ ont pour but de promouvoir l'égalité de traitement entre les travailleurs à domicile et les autres salariés (art. 4 C177). Ces instruments ne s'appliquent pas au télétravail puisqu'ils couvrent des activités plus traditionnelles comme la production de pièces à domicile dans le même esprit que la loi suisse du travail à domicile mentionnée plus haut³⁴. Les notions de télétravail et de travail à domicile sont à distinguer³⁵.

²⁹ OIT, Cadre politique, p. 10.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

³² BIT, Document d'orientation, § 70.

³³ A ce jour : ratifiée par 3 Etats, la Suisse ne l'a pas ratifiée. Convention et recommandation à jour.

³⁴ Eurofound and the International Labour Office, p. 4.

³⁵ BERSSET BIRCHER, p. 161 ; ROBERT, pp. 11 s.

Parmi les instruments de l'OIT protégeant la santé des télétravailleurs, nous allons distinguer les instruments plutôt de type organisationnel de ceux qui traitent spécifiquement d'aspects de santé.

1. Instruments prévoyant des mesures de protection organisationnelles

De nombreuses études démontrent qu'en moyenne, les télétravailleurs ont tendance à travailler plus longtemps que les travailleurs effectuant leurs tâches dans les locaux de leur employeur³⁶. Or, l'augmentation des heures de travail peut avoir des impacts négatifs sur la santé physique et psychique ainsi que le bien-être des travailleurs³⁷. Il s'agit d'un élément si capital qu'il fût déjà régulé en 1919 par le Traité de Versailles et par la première Convention de l'OIT sur la durée du travail (industrie) (1919)³⁸. La Convention n° 30 de l'OIT sur la durée du travail (commerce et bureaux) (1930)³⁹ a repris 11 ans plus tard les principes de ces instruments.

Le télétravail mène également à une réduction de la distinction entre vie professionnelle et vie privée. Le lieu de travail et de vie privée étant le même, la frontière entre travail rémunéré et temps libre est devenue floue⁴⁰. Le développement des appareils TIC tels que les smartphones augmentent ce phénomène ainsi que la sensation pour les travailleurs de devoir être constamment joignables. Ce décloisonnement entre travail et repos ainsi que le sentiment d'obligation constante de disponibilité peuvent avoir un impact négatif sur la santé et le bien-être des travailleurs⁴¹. Les télétravailleurs effectuent leurs tâches non seulement plus longtemps, mais parfois également durant leur repos⁴². La Convention n° 106 de l'OIT sur le repos hebdomadaire (commerce et bureaux) (1957)⁴³ est l'un des instruments législatifs de l'OIT qui permet de préserver cette frontière et la santé des télétravailleurs.

³⁶ BIT, Guide pratique, p. 5 ; CEACR, Promoting employment and decent working, p.10 ; Eurofound and the International Labour Office, pp. 21 ss ; MEIER/PÄRLI/SEILER, § 19 ; WILDHABER/PIETRUSZAK, § 25.

³⁷ BIT, Temps de travail décent, § 4, 74 et 151 ; Eurofound and the International Labour Office, pp. 33 et 40 ; ILO, Managing, p. 14 ; WILDHABER/PIETRUSZAK, § 25.

³⁸ A ce jour : ratifiée par 52 Etats, la Suisse ne l'a pas ratifiée, Instrument à statut intérimaire ; BIT, Temps de travail décent, § 3 et 13 ; MEIER/PÄRLI/SEILER, § 190.

³⁹ A ce jour : ratifiée par 30 Etats, la Suisse ne l'a pas ratifiée, Instrument à statut intérimaire.

⁴⁰ BIT, Guide pratique, p. 5 ; Eurofound and the International Labour Office, pp. 21 et 23.

⁴¹ Not. : European Agency for Safety and Health, p. 8 ; MEIER/PÄRLI/SEILER, § 17 et 180 ; WILDHABER/PIETRUSZAK, § 25.

⁴² BIT, Guide pratique, p. 5 ; Eurofound and the International Labour Office, p. 29.

⁴³ A ce jour : ratifiée par 63 Etats, la Suisse ne l'a pas ratifiée, Instrument à jour.

De plus, les différentes mesures sanitaires telles que la fermeture des écoles ont soumis de nombreux télétravailleurs à une double charge de travail. Les responsabilités familiales se sont alors superposées aux responsabilités professionnelles⁴⁴. Ce phénomène entraîne du stress et des impacts négatifs sur la santé du télétravailleur. Il est réglementé par la Convention n° 156 de l'OIT sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales (1981)⁴⁵.

a) La Convention n° 30 de l'OIT sur la durée du travail dans le commerce et les bureaux, 1930

La Convention n° 30 s'applique au personnel des établissements commerciaux et des établissements et administrations dont le fonctionnement repose essentiellement sur un travail de bureau. Les télétravailleurs effectuent leurs tâches grâce à des TIC. Celles-ci permettent essentiellement l'exécution de « travail de bureau ». Les télétravailleurs entrent par conséquent dans le champ d'application de la Convention n° 30.

Selon la Convention n° 30, la durée de travail ne devrait pas dépasser plus de 8 heures par jour et 48 heures par semaine (art. 3 C30). L'article 4 offre toutefois une certaine flexibilité en permettant de répartir librement la durée hebdomadaire du travail pour autant qu'une journée de travail ne dépasse pas 10 heures. Une répartition sur une période plus longue est possible si des règlements nationaux le prévoient, que la nature du travail l'exige et que la durée moyenne de travail ne dépasse pas 48 heures par semaine (art. 6 C30)⁴⁶. De plus, des dérogations permanentes ou temporaires peuvent être déterminées par des règlements d'autorité publique aux conditions énumérées à l'article 7.

Lorsqu'un Etat signataire de la Convention n° 30 légifère le télétravail, il devra s'assurer que le temps de travail des télétravailleurs ne dépasse pas les limites prévues par la Convention. Ces Etats devront préalablement décider si les personnes occupant un poste de direction ou les administrations publiques dans lesquelles le personnel employé agit comme organe de la puissance sont exemptées ou non de l'application de la Convention. Ils devront également réglementer les différentes exceptions et dérogations mentionnées plus haut. Soulignons à ce sujet qu'Eurofound et le Bureau international du travail ont démontré que le recours aux TIC et par voie de conséquence au télétravail permet aux travailleurs de jouir d'une plus grande autonomie et flexibilité⁴⁷. Ces éléments sont des avantages particulièrement appréciés par les télétravailleurs. Finalement, selon l'article 11

⁴⁴ BIT, Document d'orientation, § 51 ; BIT, Guide pratique, p. 18. ; European Agency for Safety and Health, p. 9.

⁴⁵ A ce jour : ratifiée par 45 Etats, la Suisse ne l'a pas ratifiée, Instrument à jour ; BIT, Initiative, § 47.

⁴⁶ BIT, Temps de travail décent, § 50s. et 61.

⁴⁷ Eurofound and the International Labour Office pp. 25 et 29 s. En Suisse également : MEIER/PÄRLI/SEILER, § 180.

de la Convention n° 30, les employeurs sont tenus de faire connaître les heures et la durée de travail ainsi que les repos accordés au personnel.

b) La Convention n° 106 sur le repos hebdomadaire dans le commerce et les bureaux, 1957

Les champs d'application des Conventions n° 30 et 106 se recourent majoritairement. La plupart des télétravailleurs sont protégés par la Convention n° 106 (art. 1 C106)⁴⁸.

Un télétravailleur auquel s'applique la Convention n° 106 devrait pouvoir bénéficier de 24 heures consécutives de repos tous les 7 jours (art. 6 para. 1 C106). La recommandation qui l'accompagne encourage, lorsque cela est possible, à accorder un droit à une période de repos d'au moins 36 heures consécutives⁴⁹.

La Convention n° 106 admet, elle aussi des exceptions soumises aux conditions de nature du travail, de l'importance de la population à desservir ou du nombre des personnes employées. Dans ces situations, les autorités compétentes peuvent créer des régimes spéciaux (art. 7 C106). Elles peuvent également autoriser des dérogations temporaires, totales ou partielles (art. 8 C106). Un repos compensatoire d'au moins 24 heures devra ensuite être accordé (art. 8 para. 3 C106)⁵⁰.

c) La Convention n°156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales, 1981

La Convention n° 156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales⁵¹ s'applique aux travailleurs des deux sexes ayant des responsabilités à l'égard de leurs enfants à charge ou d'autres membres de leur famille directe qui ont manifestement besoin de leurs soins ou de leur soutien, lorsque ces responsabilités limitent leurs possibilités de se préparer à l'activité économique, d'y accéder, d'y participer ou d'y progresser (art. 1 para. 1 et 2 C156)⁵². Cette Convention s'applique par conséquent à tous les télétravailleurs. Elle enjoint les Etats membres à élaborer une politique nationale visant à éliminer toutes formes de discrimination dans le monde du travail, fondées sur le fait que des personnes aient des responsabilités familiales (art. 3 C156)⁵³. Cette Convention se base sur le droit à la non-discrimination ou principe d'égalité. L'OIT insiste sur le fait que cette politique devrait

⁴⁸ BIT, Temps de travail décent, § 190.

⁴⁹ *Idem*, § 194.

⁵⁰ *Idem*, § 253.

⁵¹ A ce jour : Ratifiée par 44 Etats, la Suisse ne l'a pas ratifiée, Convention et recommandation à jour.

⁵² BIT, Travailleurs ayant des responsabilités familiales, Etude d'ensemble, Genève 1993, p. 6.

⁵³ CEACR, C156, p. 1 s.

s'appliquer aux travailleurs des deux sexes (art. 1 C156)⁵⁴. Selon la Convention, des mesures encourageant le développement de services de soin aux enfants et d'aide à la famille devraient être prises (art. 5 C156). La Convention est accompagnée d'une recommandation qui invite notamment les Etats membres à encourager la réduction de la durée journalière de travail et la flexibilité dans les horaires de travail (§ 18 Rec. OIT n° 165)⁵⁵.

Le recours au télétravail permet une plus grande flexibilité⁵⁶ qui est particulièrement appréciée par les télétravailleurs ayant des responsabilités familiales⁵⁷. Selon LEMPEN, pour que le télétravail soit bénéfique à l'équilibre entre vie professionnelle et vie familiale, le télétravailleur devrait pouvoir compter sur le fait qu'il puisse effectuer son travail hors des locaux de l'employeur à un ou plusieurs jours déterminés⁵⁸.

2. Instruments prévoyant des mesures de protection de la santé et de la sécurité

Lorsque le travail est effectué hors des locaux de l'employeur, les mesures de santé et sécurité sont plus difficiles à mettre en place. L'ergonomie au poste de travail n'est par exemple pas toujours aussi optimale que dans les locaux de l'employeur⁵⁹. Des facteurs de nuisance tels que le bruit ou la qualité de l'air peuvent également affecter négativement la santé du télétravailleur⁶⁰. La Convention n° 155 de l'OIT sur la sécurité et la santé des travailleurs et la recommandation (1981)⁶¹ qui l'accompagne ainsi que la Convention n° 120 sur l'hygiène (commerce et bureaux) (1964)⁶² exposent des solutions pour prévenir les effets négatifs du télétravail sur la sécurité et la santé⁶³.

a) La Convention n° 155 de l'OIT sur la sécurité et la santé des travailleurs, 1981

La Convention n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs s'applique à tous les travailleurs dans toutes les branches d'activité sous réserve d'une éventuelle exclusion par

⁵⁴ *Idem*, p. 5.

⁵⁵ PERRENOUD, pp. 658 s.

⁵⁶ Eurofound and the International Labour Office pp. 25 et 29 s.

⁵⁷ CEACR, C156, pp. 6 s.

⁵⁸ LEMPEN, p. 105.

⁵⁹ BIT, Guide pratique, p. 12 ; Eurofound, Telework and ICT, p. 41 ; Rapport CF, Télétravail, p. 23 ; WILDHABER/PIETRUSZAK, § 1 et 20.

⁶⁰ ILO, Managing, p. 12.

⁶¹ A ce jour : Ratifiée par 74 Etats, la Suisse ne l'a pas ratifiée, Convention et recommandation à jour.

⁶² A ce jour : Ratifiée par 52 Etats, la Suisse l'a ratifiée, Instrument à jour.

⁶³ BIT, Guide pratique, p. 14.

l'Etat signataire de catégorie particulière (art. 1 et 2 C155). Les télétravailleurs sont par conséquent également concernés. La Convention n° 155 expose la manière dont les Etats devraient mettre en place une politique nationale cohérente en matière de santé et de sécurité au travail⁶⁴. Cette politique doit être réexaminée périodiquement et avoir pour but de réduire au minimum, dans la mesure où cela est raisonnable et pratiquement réalisable, le risque d'accident et d'atteinte sur la santé des travailleurs (art. 4 C155). Les examens d'ensemble ou de secteurs particuliers devraient permettre d'identifier les grands problèmes (art. 7 C155)⁶⁵.

La question des obligations des employeurs est particulièrement intéressante lorsque le travailleur effectue son travail à domicile à l'aide de TIC. En effet, la Convention enjoint les Etats signataires à imposer une obligation de prévention en matière de sécurité et santé des travailleurs. Cette obligation est limitée par une clause de flexibilité. Ainsi les employeurs devraient être tenus de s'assurer que, *dans la mesure où cela est raisonnable et pratiquement réalisable, les lieux de travail, les machines, les matériels et les procédés de travail placés sous leur contrôle ne présentent pas de risque pour la sécurité et la santé des travailleurs*. Pour qu'un lieu de travail soit considéré comme tel, la Convention précise que le contrôle de l'employeur peut être direct ou indirect (art. 3 C155).

b) La Convention n° 120 sur l'hygiène dans le commerce et les bureaux, 1964

Cette Convention s'applique aux établissements commerciaux ainsi qu'aux établissements, institutions ou administrations dans lesquels les travailleurs sont occupés principalement à un travail de bureau (art. 1 C120). Selon l'art. 2 C120, l'autorité compétente d'un Etat peut exclure de l'application de l'ensemble ou de certaines dispositions des catégories d'établissement, *lorsque les circonstances et les conditions d'emploi sont telles que l'application de l'ensemble ou de certaines desdites dispositions ne conviendrait pas*. Les Etats signataires doivent adopter une législation assurant notamment l'entretien et la propreté, l'aération et la ventilation, l'éclairage, la température appropriés des locaux et des équipements utilisés par les travailleurs (art. 4 en lien avec art. 7-10 C120). La Convention exige en outre la mise à disposition d'eau potable, d'installation appropriée permettant de se laver, de siège ou de vestiaire (art. 12-15 C120). Certaines de ces obligations semblent difficilement applicables au domicile du travailleur. Les Etats pourraient utiliser la marge d'appréciation offerte par l'article 2 pour ne pas se soumettre à certaines de ces obligations en lien avec la situation de télétravail. Le Royaume-Uni avait, à ce sujet, souligné l'impossibilité de faire respecter la législation

⁶⁴ BIT, Guide santé et sécurité, p. 1 ; DAGRON, p. 13.

⁶⁵ BIT, Guide santé et sécurité, p. 2 ; DAGRON, pp. 13 s.

nationale à l'égard des travailleurs exerçant à domicile⁶⁶. En Suisse, les mesures prévues par la Convention n° 120 sont réglementées dans l'OLT 3. Cette ordonnance s'applique également aux télétravailleurs. Toutefois, les obligations des employeurs sont limitées par le principe de proportionnalité (art. 6 LTr).

c) La Convention n° 190 sur la violence et le harcèlement, 2019

La Convention n° 190 de l'OIT sur la violence et le harcèlement (2019)⁶⁷ encourage les Etats à inclure la problématique de la violence et du harcèlement dans leur politique de santé et sécurité au travail⁶⁸. Elle reconnaît le droit de toute personne à un monde du travail exempt de violence et de harcèlement, y compris de violence et de harcèlement fondés sur le genre (préambule C190). Il s'agit de l'instrument normatif le plus récent de l'OIT.

Le télétravail peut augmenter le risque de violence sur le lieu de travail⁶⁹. De nombreux Etats ont d'ailleurs constaté une augmentation de ce type de violence lorsque des mesures de confinement ont été mises en place⁷⁰. Le harcèlement en ligne peut potentiellement augmenter avec l'utilisation des TIC⁷¹. La violence et le harcèlement ont des impacts négatifs sur la santé des travailleurs⁷².

Le champ d'application personnel de la Convention n° 190 est très large. La Convention s'applique à tous les travailleurs, quel que soit leur statut contractuel ainsi qu'aux bénévoles, personnes en formation, licenciées ou en recherche d'emploi (art. 2 C190)⁷³. La Convention vise à protéger ces personnes contre la violence et le harcèlement s'exerçant à l'occasion, en lien avec ou du fait du travail (art. 3 C190). Cela implique les situations de violence et de harcèlement liées au travail qui se déroulent dans les espaces privés lorsqu'ils servent de lieu de travail (art. 3 para. 1 let. a C190). Les télétravailleurs sont également protégés par la Convention lorsqu'ils sont victimes de violence et de harcèlement dans le cadre de communications liées au travail, y compris celles effectuées au moyen des TIC (art. 3 para. 1 let. d C190)⁷⁴.

Les Etats signataires sont tenus d'adopter une approche inclusive impliquant des mesures juridiques, politiques, stratégiques, de contrôles et de prévention. La Convention n° 190

⁶⁶ CEACR, Demande directe.

⁶⁷ A ce jour : Ratifiée par 10 Etats, la Suisse ne l'a pas ratifiée, Instrument à jour.

⁶⁸ DAGRON, pp. 24 s.

⁶⁹ BIT, Guide pratique, p. 20.

⁷⁰ *Idem* ; ILO, Managing, p. 16.

⁷¹ BIT, C190, p. 3 ; ILO, Managing, p. 16.

⁷² BIT, C190, p. 3 ; DAGRON, p. 24 s. ; ILO, Managing, p. 16.

⁷³ SERVAIS, p. 3.

⁷⁴ BIT, C190, p. 3.

invite également les Etats à des mesures appropriées pour reconnaître les effets de la violence domestique et, *dans la mesure où cela est raisonnable et pratiquement réalisable*, atténuer son impact dans le monde du travail (art. 9 para. 1 let. f C190).

L'article 9 de la Convention contient plusieurs clauses de flexibilité. Il impose aux Etats signataires d'adopter une législation prévoyant l'obligation pour les employeurs de prendre des mesures de prévention *appropriées correspondant à leur degré de contrôle dans la mesure où cela est raisonnable et pratiquement réalisable*⁷⁵. Dans une constellation de télétravail, les obligations des employeurs sont par conséquent limitées par le fait que les employeurs ne peuvent pas avoir de contrôle direct sur les locaux privés du télétravailleur. Ils peuvent néanmoins mettre en place des mesures de prévention.

IV. Conclusion

Le télétravail n'est pas réglementé en tant que tel ni en droit suisse ni en droit international. Toutefois, la législation générale s'applique aux télétravailleurs. Quelques tendances générales se dégagent toutefois au niveau international, européen et suisse.

Une des premières tendances est *le droit à la déconnexion*. L'utilisation de TIC par les travailleurs soulève le risque que ces derniers soient constamment joignables, connectés en permanence et n'enregistrent pas toujours les heures de travail accomplies. Ce phénomène peut avoir une incidence négative sur la santé des télétravailleurs⁷⁶. Pour remédier à cela, des appels à un droit à la déconnexion ont été menés au niveau européen ces dernières années⁷⁷.

Le droit à la déconnexion⁷⁸ n'est pas explicitement réglé par l'OIT. Toutefois, l'article 2 de la Convention n° 3 définit la durée de travail comme *le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur, et ne comprend pas les repos pendant*

⁷⁵ TOMEI, p. 6.

⁷⁶ DUPONT/MELI, p. 78 ; Eurofound, Right to disconnect, pp. 1 et 4.

⁷⁷ Eurofound, Right to disconnect, p. 1 et notamment : In January 2021, the European Parliament adopted a resolution calling on the European Commission to bring forward legislation on the right to disconnect at EU level.

⁷⁸ Eurofound, Right to disconnect, p. 1 : « Eurofound defines this as the right for workers to be able to disengage from work and refrain from engaging in work-related electronic communications, such as emails or other messages, during non-work hours ».

lesquels il n'est pas à sa disposition^{79,80}. La Convention n° 106 précise, quant à elle que le temps de repos doit être ininterrompu (art. 6 para. 1 C106)⁸¹.

La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT définit les heures « d'astreintes » ou « de disponibilité » comme celles durant lesquelles le travailleur est à disposition pour effectuer des tâches si l'employeur le lui demande⁸². Il s'agit d'une période de temps, en dehors des heures de travail régulier, pendant laquelle, selon les circonstances, le travailleur peut ou non se déplacer librement, dans la mesure où il doit être joignable et prêt à exécuter le travail demandé⁸³. La définition du temps de travail en Suisse se recoupe avec celle de la Convention n° 3. En effet, la période durant laquelle le travailleur est à disposition de son employeur, indépendamment du lieu où il se trouve et du fait qu'il soit effectivement en train de travailler, est considérée comme temps de travail (art. 13 OLT 1).

L'élément déterminant est le fait pour le travailleur de pouvoir disposer ou non librement de son temps libre⁸⁴. Dans une constellation de télétravail, cela soulève la question de savoir dans quelle mesure le télétravailleur est empêché d'exercer des activités personnelles lorsqu'il est au repos, mais reste joignable grâce aux TIC. Selon DUPONT/MELI, l'employeur attend de son travailleur qu'il réponde aux appels et SMS de sa part et est par conséquent à sa disposition. Ceci ne sera pas le cas pour des e-mails en dehors des heures de travail habituelles⁸⁵. Les circonstances et situations sont toutefois très variables. Plusieurs Etats ont défini précisément cette période de temps et le droit à la déconnexion comme la Belgique, la France, la Grèce, l'Italie, la Slovaquie et l'Espagne⁸⁶.

En Suisse, *la question de l'encadrement du télétravail au niveau légal devrait refaire surface au Parlement*. Plusieurs interventions parlementaires ont demandé au Conseil fédéral de définir des règles spéciales pour le télétravail⁸⁷. Jusqu'ici, le Conseil fédéral a toujours maintenu la position déjà exprimée dans le rapport présenté en réponse au postulat « Développement du télétravail. Conséquences juridiques » (12.3166) en confirmant qu'il

⁷⁹ BIT, Temps de travail décent, § 33.

⁸⁰ *Idem*, § 33.

⁸¹ *Idem*, § 200.

⁸² *Idem*, § 36 et 702.

⁸³ BIT, Temps de travail décent § 702 ; BIT, Rapport, § 48.

⁸⁴ DUPONT/MELI, pp. 79 s. ; BIT, rapport, § 49.

⁸⁵ DUPONT/MELI, pp. 79 s.

⁸⁶ Etat août 2021 : Eurofound, Right to disconnect, pp.1 et 16.

⁸⁷ Entre autres : Motion Wicki 21.4188 « Reconnaître le droit au télétravail et dire oui à une souplesse plébicitée » ; Motion Jositsch 21.3686 « Travail à domicile. Créer les bases légales nécessaires » ; Motion Gysin 21.3139 « Protection de la santé. Inscrire dans la législation le droit des travailleurs de ne pas être atteignables pendant leur temps libre » ; Motion Mazzone 17.3201 « Déconnexion en dehors des heures de travail ».

n’y avait nul besoin de légiférer en matière de télétravail et en laissant aux partenaires sociaux l’initiative de régler les questions ouvertes dans le cadre des conventions collectives. « Fidèle à sa tradition, la Suisse privilégie le dialogue social, spécialement pour des formes de travail évolutives ou en adaptation. Les partenaires sociaux peuvent s’entendre sur de nouvelles solutions et en contrôler la réalisation »⁸⁸.

Toutefois, le Parlement a de son côté accepté l’initiative parlementaire Burkart 16.484 « Assouplir les conditions encadrant le télétravail » et se penchera par conséquent prochainement sur le contenu et la faisabilité d’un projet de loi qui permette de mieux ancrer cette nouvelle forme de travail au niveau légal.

Et pour terminer, un changement important qui devrait être adopté en juin 2022 sera *la consécration du droit à la santé et à la sécurité au travail comme droit et principe fondamental universel*. Cela aura un impact pour tous les travailleurs, y compris les télétravailleurs puisque tous les Etats membres de l’OIT devront mettre en œuvre ce droit, qu’ils aient ou non ratifié les conventions pertinentes. Nous pouvons considérer cette future modification du droit international comme une avancée significative.

⁸⁸ BERSSET BIRCHER, p. 167 ; DERRER BALLADORE RUTH, La flexibilisation du travail : un défi pour le droit et le partenariat social, *in* : Employeur Suisse n° 7, 2008, p. 51.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

Documents d'organisations internationales

- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), Durée du travail : Vers plus de flexibilité ?, Etude d'ensemble des rapports concernant la convention (n° 1) sur la durée du travail (industrie), 1919, et la convention (n° 30) sur la durée du travail (commerce et bureaux), 1930, rapport III (partie 1B), Conférence internationale du Travail, 93^e session, Genève 2005 (cité : BIT, Rapport).
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), Construire une prévention en matière de sécurité et de santé – Guide concernant la Convention (n° 155) sur la sécurité et la santé des travailleurs, 1981, le protocole de 2002 relatif à cette Convention et la Convention (n° 187) sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, 2006, Genève 2013, disponible à l'adresse suivante : [wcms_233216.pdf](https://www.ilo.org/wcms_233216.pdf) (ilo.org) (cité : BIT, Guide santé et sécurité).
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), Département des politiques sectorielles, Difficultés et avantages du télétravail pour les travailleurs et les employeurs dans les secteurs des TIC et des services financiers : document d'orientation pour le Forum de dialogue mondial sur les difficultés et les avantages du télétravail pour les travailleurs et les employeurs dans les secteurs des TIC et des services financiers Genève 2016, disponible à l'adresse suivante : Difficultés et avantages du télétravail pour les travailleurs et les employeurs dans les secteurs des TIC et des services financiers (cité : BIT, Document d'orientation).
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), Département des politiques sectorielles, Garantir un temps de travail décent pour l'avenir, Conférence internationale du Travail, 107^e session, Genève 2018, disponible à l'adresse suivante : Garantir un temps de travail décent pour l'avenir [ressource électronique] / Conférence internationale du Travail, 107^e session, 2018, Bureau international du Travail (ilo.org) (cité : BIT, Temps de travail décent).
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), L'initiative pour les femmes au travail : un nouvel élan pour l'égalité. Rapport du Directeur général, Conférence internationale du Travail, 107^e session, Genève 2018 (cité : BIT, Initiative).
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), Le télétravail durant la pandémie de Covid-19 et après – Guide pratique, Genève, 2020, disponible à l'adresse suivante : Le télétravail durant la pandémie de COVID-19 et après : Guide pratique (ilo.org) (cité : BIT, Guide pratique).
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), Convention (n° 190) de l'OIT sur la violence et le harcèlement : 12 contributions possibles à la crise du COVID-19 et à la reprise. Note de synthèse de l'OIT, Genève 2020, disponible à l'adresse suivante : https://www.ilo.org/global/topics/working-conditions-2/WCMS_745737/lang--fr/index.htm (cité : BIT, C190).
- COMMISSION D'EXPERTS POUR L'APPLICATION DES CONVENTIONS ET RECOMMANDATIONS, demande directe adressée au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord au sujet de la Convention n° 190, adoptée en 2009 et publiée lors de la Conférence internationale du Travail, 99^e session, Genève 2010, disponible à l'adresse suivante : <https://www.ilo.org/>

[dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2312436](#)
(cité : CEACR, Demande directe).

COMMISSION D'EXPERTS POUR L'APPLICATION DES CONVENTIONS ET RECOMMANDATIONS, Convention (no 156) sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales, 1981 : Observation générale, Genève 2020, disponible à l'adresse suivante : [_wcms_752434.pdf](#) (ilo.org), (cité : CEACR, C156).

COMMITTEE OF EXPERTS ON THE APPLICATION OF CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS, Addendum to the General Survey [electronic resource] : promoting employment and decent work in a changing landscape, International Labour Conference, 109th Session, Geneva 2021, disponible à l'adresse suivante : [promoting employment and decent work in a changing landscape](#) (cité : CEACR, Promoting employment and decent working).

EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, Working anytime, anywhere : The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva 2017, disponible à l'adresse suivante : <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work>.

EUROFOUND, Telework and ICT-based mobile work : Flexible working in the digital age, New forms of employment series, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/telework-and-ict-based-mobile-work-flexible-working-in-the-digital-age> (cité : Eurofound, Telework and ICT).

EUROFOUND, Right to disconnect : Exploring company practices, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2021, disponible à l'adresse suivante : <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2021/right-to-disconnect-exploring-company-practices> (cité : Eurofound, Right to disconnect).

EUROPEAN AGENCY FOR SAFETY AND HEALTH, The future of working in a virtual environment and occupational safety and health (discussion paper), disponible à l'adresse suivante : [The future of working in a virtual environment and occupational safety and health | Safety and health at work EU-OSHA \(europa.eu\)](#).

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, Managing work-related psychosocial risks during the COVID-19 pandemic, Geneva 2020, disponible à l'adresse suivante : [wcms_748638.pdf](#) (ilo.org) (cité : ILO, Managing).

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Un cadre politique pour affronter les répercussions socio-économiques de la crise du COVID-19 – Note de synthèse de l'OIT, Genève 2020, disponible à l'adresse suivante : [wcms_752164.pdf](#) (ilo.org) (cité : OIT, Cadre politique).

Documents de la Confédération

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 30 septembre 1960 concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail), FF 1960 II 885-1035.

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 10 novembre 1892 concernant une loi fédérale sur le droit international privé, FF 1893 I 225.

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, Conséquences juridiques du télétravail (cité : Rapport CF, télétravail).

SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Conditions de travail, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, Berne 2022 (cité : SECO, Commentaire).

SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Travailler chez soi, Home office, Berne 2019 (cité : SECO, Home office).

Doctrine

BERSET BIRCHIER VALÉRIE, Les systèmes d'information et la vie privée du salarié, thèse Genève et Strasbourg 2013.

DAGRON STEPHANIE, La sécurité et la santé au travail en droit international : l'urgence face aux multiples défis révélés par la crise sanitaire mondiale, *in* : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), Santé et sécurité au travail à l'heure de l'industrie 4.0, Genève 2021, pp. 1-43.

DAGRON STEPHANIE/DUPONT ANNE-SYLVIE/LEMPEN KARINE (édit.), Santé et sécurité au travail à l'heure de l'industrie 4.0, Genève 2021.

DUPONT ANNE-SYLVIE/LEMPEN KARINE (édit.), La Convention OIT n° 190 au regard de la réalité suisse des plaintes pour harcèlement au travail, Genève 2020.

DUPONT ANNE-SYLVIE/MELI MARCO, L'approche helvétique de la protection légale de la santé au travail, *in* : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), Santé et sécurité au travail à l'heure de l'industrie 4.0, Genève 2021, pp. 65-98.

LEMPEN KARINE, Santé, horaires de travail et dialogue social à l'ère du digital, *in* : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), Santé et sécurité au travail à l'heure de l'industrie 4.0, Genève 2021, pp. 99-133.

MEIER ANNE/PÄRLI KURT/SEILER ZOË, Le futur du dialogue social et du tripartisme dans le contexte de la digitalisation de l'économie – étude établie sur mandat de la Commission nationale tripartite pour les affaires de l'OIT, Genève/Berne/Bâle 2018.

PERRENOUD STÉPHANIE, Durée de travail et discrimination, *in* : PJA 2007, p. 657 ss.

ROBERT FRÉDÉRIC, Le télétravail à domicile, Bruxelles 2005.

SERVAIS JEAN-MICHEL, La Convention n° 190 et la lutte contre les violences en droit international du travail, *in* : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), La Convention OIT n° 190 au regard de la réalité suisse des plaintes pour harcèlement au travail, Genève 2020.

TOMEI MANUELA, Un monde du travail sans violence ni harcèlement : le défi de la nouvelle Convention n° 190 et de la Recommandation n° 206 de l'OIT, *in* : Dagron/Dupont/Lempen (édit.), La Convention OIT n° 190 au regard de la réalité suisse des plaintes pour harcèlement au travail, Genève 2020.

WILDHABER ISABELLE (édit.), Handbuch Homeoffice, Zurich 2021.

WILDHABER ISABELLE/PIETRUSZAK THOMAS, Gesundheit und Arbeitszeitvorschriften, *in* : Wildhaber (édit.), Handbuch Homeoffice, Zurich 2021.

JULIETTE ANCELLE

Traitement des données et surveillance des travailleurs dans le contexte du télétravail

Sommaire

I.	Introduction	130
II.	Principes applicables au traitement de données personnelles des employés	131
	A. Bases légales pertinentes	131
	B. Principes généraux	132
	1. Principe de licéité	132
	2. Principes de bonne foi et de proportionnalité	133
	3. Principes de finalité et reconnaissabilité	133
	4. « Privacy by design and by default »	134
III.	Cadre légal de la surveillance des employés	135
	A. Les intérêts en présence	135
	B. Les fondements justifiant la surveillance	135
	C. Les fondements limitant la surveillance	137
	1. Les fondements généraux	137
	2. Les fondements en droit du travail	137
	D. Les conditions d'une surveillance licite	138
	1. La proportionnalité en général	138
	2. L'obligation d'informer de l'employeur	139
	3. Quelques cas d'application	139
	a) L'utilisation d'une machine de timbrage ou d'autres moyens pour contrôler l'horaire de travail	139
	b) Le relevé des numéros d'appels téléphoniques	139
	c) Cybersurveillance	140
	d) La surveillance de la correspondance non-professionnelle du travailleur	141
IV.	Télétravail : nouveaux enjeux ?	143
	A. La notion	143
	B. Les risques	143
	1. Risques accrus en matière de confidentialité et de sécurité des données	143
	2. Difficile distinction entre données professionnelles et privées	145
	3. Surveillance accrue et profilage ?	146
V.	Pistes de réflexion et conclusion	148
	A. Le droit français	148
	B. Le droit allemand	149

VI. Conclusion	150
Bibliographie	152

I. Introduction

Le télétravail n'est pas un phénomène nouveau. Depuis plusieurs années déjà, les envies de flexibilité de certains employés conjuguées au manque d'espace de travail de certains employeurs et à la digitalisation accrue des outils de travail ont mené de plus en plus d'entreprises à adopter ce mode de travail¹. Or, si tant les risques que les avantages du télétravail se sont révélés simultanément à sa pratique, l'adoption accrue et parfois abrupte du télétravail par de nombreuses entreprises à travers le monde dans le contexte de la pandémie de COVID-19 a eu pour effet de mettre en exergue le risque élevé de dérives que cela peut poser notamment en termes de collecte massive de données d'employés et de surveillance des travailleurs. Selon une étude récente menée auprès d'employeurs français, près de 70 % des entreprises françaises ont indiqué avoir eu recours à des nouveaux outils pour mesurer la performance de leurs employés, qualifiables de systèmes de surveillance². S'il n'existe pas de chiffres pour la Suisse, il est probable que la réalité ne soit pas très éloignée de celle de nos voisins français. Or, cette prise de conscience a mené plusieurs acteurs à appeler à une meilleure réglementation du domaine, certains syndicats trouvant le cadre juridique actuel insuffisant. Certains pays ont d'ailleurs sauté le pas et choisi de légiférer en la matière³. Or, avant de suivre ces exemples et d'identifier les éventuelles lacunes de notre système juridique, il a semblé opportun de dresser un état des lieux du cadre juridique suisse actuel en matière de surveillance et de traitement de données dans les rapports de travail.

Cette contribution expose ainsi dans un premier temps le cadre légal suisse actuel régissant le traitement des données personnelles des employés (*infra* II) et la surveillance des travailleurs (*infra* III). Nous nous intéresserons ensuite au contexte particulier du télétravail et aux enjeux que ce mode de travail soulèvent dans le contexte de la surveillance et du traitement des données des employés (*infra* IV) avant d'évoquer

¹ Selon les données publiées par l'Office fédéral de la statistique (OFS), près de 25 % des personnes actives occupées pratiquaient le télétravail de façon régulière ou occasionnelle en 2019.

² Surveillance des employés : ce qui inquiète les syndicats, *in* : Le Temps, 10 janvier 2022, disponible à l'adresse suivante : <https://www.letemps.ch/economie/surveillance-teletravail-inquiete-syndicats>.

³ Au Portugal, les employeurs interdits de contacter leurs collaborateurs en dehors des heures de travail, *in* : Le Temps, 11 novembre 2021, disponible à l'adresse suivante : <https://www.letemps.ch/monde/portugal-employeurs-interdits-contacter-leurs-collaborateurs-heures-travail>.

quelques pistes de réflexions en examinant certaines solutions adoptées à l'étranger et de conclure (*infra* 0).

II. Principes applicables au traitement de données personnelles des employés

Le phénomène de digitalisation des outils et des échanges sur le lieu de travail n'est pas nouveau mais s'est accru de manière spectaculaire ces dernières années avec la généralisation de nouveaux outils tels que messageries instantanées, systèmes de stockage et de traitement de l'information basés sur les technologies du *cloud computing*. Avec la « normalisation » du télétravail, la quantité de données, y compris de données personnelles, qu'un employeur est en position de collecter sur ses employés n'a fait qu'augmenter, une grande majorité d'activités professionnelles accomplies laissant désormais des traces numériques. Cette augmentation s'est accompagnée d'une plus grande sensibilisation des employeurs à la problématique de la protection des données personnelles de leurs employés. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est utile de rappeler ici les principes applicables en la matière pour un employeur privé.

A. Bases légales pertinentes

Le traitement des données d'employés dans le secteur privé du travail est régi par l'article 328b du Code des obligations (CO), qui renvoie également à la Loi fédérale sur la protection des données⁴ (LPD). Cette disposition, adoptée en 1992 simultanément à la LPD⁵, s'inscrit dans le régime général de protection de la personnalité de l'employé énoncé à l'article 328 CO et prévoit ce qui suit : « *L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables.* »

La portée de cette disposition et de son renvoi à la LPD est depuis longtemps débattue en doctrine. Selon un certain courant, cette disposition aurait pour effet de restreindre drastiquement les possibles traitements de données personnelles par l'employeur en rendant illicite tout traitement ne portant pas sur l'aptitude d'un employé à accomplir ses

⁴ RS. 235.1.

⁵ RO 1993 1945 ; FF 1988 II 421.

tâches professionnelles ou qui ne se révélerait pas nécessaire à l'exécution du travail⁶. Tout traitement sortant de ce cadre serait ainsi interdit. Selon un autre courant doctrinal, l'article 328b CO n'aurait pour effet que d'introduire une présomption de licéité du traitement qui entrerait dans son cadre, sans toutefois exclure la licéité d'autres traitements qui ne porteraient ainsi pas atteinte à la personnalité de l'employé pour autant qu'ils se fondent sur un motif justificatif au sens de l'article 13 LPD⁷. Le Tribunal fédéral a récemment confirmé l'approche du second courant en retenant ce qui suit : « *Le traitement de données est en principe licite lorsqu'il est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat. L'art. 328b CO concrétise ce fait justificatif dans le domaine des rapports de travail en désignant deux situations qui autorisent a priori le traitement de données [...] Lorsque le traitement de données n'entre pas dans le cadre de l'art. 328b CO, il est présumé illicite et doit pouvoir se fonder sur un autre motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD [...]* »⁸.

Présumés licites ou non en vertu de l'article 328b CO, les traitements de données d'employés doivent en tout état de cause être conformes à la LPD. A l'heure de rédaction de ces lignes, une LPD révisée a été adoptée le 25 septembre 2020⁹ mais sa date d'entrée en vigueur n'est pas encore connue. Par souci de clarté, les dispositions citées sont celles de la loi encore en vigueur, avec mention des futures dispositions topiques dans la mesure possible.

B. Principes généraux

1. Principe de licéité

Comme c'est le cas pour tout traitement de données personnelles, le traitement de données d'employés doit avant tout être licite (art. 4 al. 1 LPD ; art. 6 al. 1 nLPD) et ne doit notamment pas porter une atteinte illicite à la personnalité du travailleur. Comme nous le verrons plus bas dans le cadre de la surveillance (*infra* III), cela signifie que le traitement ne peut ainsi pas se faire en violation de normes applicables en matière de protection des données et plus généralement en matière de protection de la personnalité¹⁰. Comme on l'a vu plus haut, cela signifie également que le traitement doit être appuyé par un motif

⁶ Préposé fédéral à la protection des données, « Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail », octobre 2014, p. 6 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 *ad* art. 328b CO ; FLUECKIGER, p. 9.

⁷ MÉTILLE, La surveillance, p. 106 ; ROSENTHAL, N 4 *ad* art. 328b CO ; MEIER, N 2037.

⁸ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 4.2.2.

⁹ FF 2020 7397.

¹⁰ MÉTILLE, Le traitement, p. 8 ; GUIBAN/HIRSCH, p. 709.

justificatif tel que défini à l'article 13 LPD (art. 31 nLPD), soit notamment par un intérêt privé prépondérant de l'employeur. Cette disposition cite également comme motif justificatif au traitement le consentement de la personne concernée. Or, dans le contexte des relations de travail, l'existence d'un rapport de subordination entre les parties se trouve en porte-à-faux avec la nécessité que le consentement au traitement soit donné de manière libre, qui est un prérequis à la validité du consentement. Si certains auteurs en déduisent une impossibilité absolue de se fonder sur le consentement pour le traitement de données personnelles dans les rapports de travail¹¹, notre approche est plus nuancée, certains traitements restreints et d'importance mineure (comme par exemple la publication ou non de la photo du collaborateur sur l'intranet de l'entreprise) pouvant en principe faire l'objet d'un consentement valable au vu de leur impact minime sur les droits de la personnalité des employés concernés.

2. Principes de bonne foi et de proportionnalité

Second principe applicable au traitement des données personnelles, celui-ci doit être accompli de bonne foi par l'employeur (art. 4 al. 2 LPD ; art. 6 al. 2 nLPD). Cela signifie notamment qu'il doit être reconnaissable pour l'employé, qu'il ne doit pas être effectué à son insu ou contre sa volonté¹².

En sus de la bonne foi, tout traitement de données personnelles doit se conformer au principe de proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD ; art. 6 al. 2 nLPD). Comme c'est le cas dans d'autres domaines du droit, un traitement de données personnelles sera considéré comme conforme à la proportionnalité s'il remplit les trois critères suivants, soit (i) le traitement est nécessaire pour atteindre le but visé ; (ii) il est apte à atteindre ce but et (iii) il s'inscrit dans un rapport raisonnable entre le but légitime recherché et les moyens utilisés qui doivent porter le moins possible atteintes à la personnalité des personnes concernées (proportionnalité au sens étroit)¹³. L'analyse du respect du principe de proportionnalité doit toujours être réalisée dans le cas concret, en tenant compte de l'ensemble des circonstances, faisant d'ailleurs de ce principe l'un des éléments clés de la validité de la surveillance comme nous le verrons plus loin (*infra* III.D).

3. Principes de finalité et reconnaissabilité

Les principes de bonne foi et de proportionnalité sont par ailleurs concrétisés par les principes de finalité et de reconnaissabilité. En effet, la collecte de données personnelles et leur traitement doivent être reconnaissables pour l'employé, qui doit être informé du traitement en question, ainsi que du but du traitement, étant entendu que le traitement de

¹¹ GUIBAN/HIRSCH, p. 709.

¹² MÉTILLE, *Le traitement*, p. 8 ; MEIER, N 644 ss.

¹³ MEIER, N 665.

données ne pourra avoir lieu que pour l'accomplissement de ce but. En d'autres termes, un employeur ne saurait exploiter des données récoltées auprès de son employé dans un autre but que pour celui annoncé, qui devait être communiqué et reconnaissable pour l'employé en question. Ce principe, qui peut trouver application pour tout traitement de données personnelles par un employeur (e.g. un employeur pourra demander à un employé s'il a des enfants afin d'accomplir ses obligations légales d'annonce auprès des caisses d'allocation familiales mais ne saurait utiliser ces informations pour évaluer l'impact de la paternité sur les performances de l'employé) est particulièrement pertinent dans le contexte de la surveillance, dont les buts sont limités (*infra* III) et qui doit être reconnaissable pour tout employé.

4. « Privacy by design and by default »

En sus des principes existants susmentionnés, la nouvelle loi sur la protection des données introduira lors de son entrée en vigueur un nouveau principe que tout employeur se devra également de mettre en œuvre lors du traitement de données personnelles d'employés : celui de la protection des données dès la conception et par défaut (art. 7 nLPD). Selon cette nouvelle disposition, le responsable du traitement (i.e. l'employeur) est tenu de mettre en place des mesures techniques et organisationnelles appropriées afin que le traitement respecte les prescriptions de protection des données ; il le fait dès la conception du traitement. Il est en outre tenu de garantir, par le biais de pré-réglages appropriés, que le traitement des données personnelles soit limité au minimum requis par la finalité poursuivie, pour autant que la personne concernée (i.e. le travailleur) n'en dispose pas autrement¹⁴.

Si ces concepts, déjà connus en Europe notamment depuis l'adoption du RGPD, n'emportent pas automatiquement une violation de la personnalité des personnes concernées par le traitement (ici les travailleurs), ils concrétisent certains des principes susmentionnés, en particulier le principe de proportionnalité. Or dans le contexte des relations de travail où le traitement de données personnelles est inévitable, l'obligation d'intégrer le respect de ces principes en amont est susceptible d'avoir une conséquence importante sur la sélection et la gestion des traitements envisagés. L'on pense par exemple à la possibilité que certains employeurs donnent aujourd'hui à leurs employés d'utiliser leurs propres outils privés pour accomplir leurs tâches professionnelles (programmes souvent appelés « *Bring your own device (BYOD)* ») : ces programmes posent de multiples défis aux employeurs, tant s'agissant de questions de sécurité mais aussi de limitation des données que l'employeur est amené à traiter, les programmes BYOD augmentant le risque qu'un employeur finisse par accéder à des données privées de l'employé qui ne sont pas pertinentes pour l'accomplissement du travail. Or, dans une optique de protection des

¹⁴ MÉTILLE, *Le traitement*, pp. 28 s.

données dès la conception, il est probable que les employeurs privilégient des politiques leur permettant de contrôler leur parc informatique afin de limiter ces risques.

III. Cadre légal de la surveillance des employés

En droit suisse, la surveillance des employés n'est ni absolument interdite, ni absolument autorisée¹⁵. L'admissibilité des mesures de surveillance du travailleur repose sur un équilibre entre les intérêts des parties (*infra* A). Si l'employeur peut s'appuyer sur plusieurs fondements pour justifier certaines mesures (*infra* B), la sauvegarde de ses intérêts est contrebalancée par plusieurs droits du travailleur qui doivent être respectés (*infra* C).

A. Les intérêts en présence

La surveillance du travailleur met en conflit deux intérêts antagonistes. D'une part, la partie employeuse doit pouvoir exercer un certain contrôle sur les activités du travailleur, afin de s'assurer notamment qu'il respecte son obligation de diligence et de fidélité (art. 321a CO) et qu'il respecte le temps de travail (et les dispositions de la Loi sur le travail¹⁶). Le contrat de travail prévoit intrinsèquement un lien de subordination entre les parties qui, d'une part, justifie que l'employeuse édicte des directives à l'attention des travailleurs (art. 321d CO) et d'autre part qu'elle vérifie si ces directives sont bien respectées¹⁷. Concrètement, les intérêts de l'employeuse sont pluriels, allant de l'intérêt financier lié à la productivité du travailleur, à la sécurité des données de l'entreprise, au respect de ses obligations réglementaires ou encore à la sauvegarde de la réputation de cette dernière. D'autre part, le travailleur, en tant que partie faible au contrat, a le droit d'exiger de l'employeuse de garantir la protection de sa personnalité et de sa santé, y compris lors du traitement de ses données personnelles (art. 328 CO ; art. 328b CO).

B. Les fondements justifiant la surveillance

La partie employeuse est en droit de vérifier que le travailleur exécute ses activités avec diligence et fidélité (art. 321a CO) et respecte les directives édictées (art. 321d CO)¹⁸.

¹⁵ MEIER-GUBSER, p. 292.

¹⁶ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr), RS 822.11.

¹⁷ DUNAND, N 85 *ad* art. 328b CO.

¹⁸ WYLER/HEINZER, p. 418.

L'employeuse doit également prendre les mesures adéquates pour assurer le respect de ses obligations réglementaires, qu'il s'agisse de l'enregistrement du temps de travail (art. 73 LTr) ou d'interdictions en matière de droit des cartels (LCart¹⁹).

En adoptant des dispositions relatives à la surveillance des employés par le biais de l'Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail²⁰ (**OLT 3**), le législateur reconnaissait ainsi déjà en 1993 qu'il existait plusieurs motifs pouvant justifier la mise en place d'un système de surveillance sur le lieu de travail. C'est ainsi que l'article 26 OLT 3 reconnaît que des systèmes de surveillance ou de contrôle peuvent être nécessaires pour d'autres raisons en dehors de la surveillance du comportement des travailleurs. En revanche, la surveillance qui vise précisément le comportement du travailleur reste interdite (art. 26 OLT 3)²¹.

Le Tribunal fédéral reconnaît d'ailleurs qu'il existe des motifs qui autorisent la partie employeuse à exercer une certaine surveillance. De manière générale, lorsque le motif justificatif sert le seul intérêt personnel de la partie employeuse, son importance est moindre que le motif justificatif sous-tendant un intérêt public ou l'intérêt de tiers, comme celui du travailleur ou de clients²². Sont en principe considérés comme motifs légitimes les motifs liés à la sécurité, notamment la protection de personnes ou de biens ou à la prévention de vols par les travailleurs ou par des tiers, par exemple via la mise en place de systèmes de vidéosurveillance²³. L'organisation et la planification du travail justifient également que l'employeuse exerce une certaine surveillance sur les travailleurs, notamment pour connaître leur emploi du temps quotidien, vérifier leurs horaires de travail pour ainsi s'assurer que les travailleurs exercent leur activité avec diligence et fidélité (art. 321a CO) et dans le respect des directives de l'employeuse (art. 321d CO)²⁴.

Ces fondements justifiant la surveillance du travailleur par l'employeur trouvent toutefois leurs limites dans les principes de protection de la personnalité des travailleurs qui doivent être mis en balance dans l'analyse de la licéité de tout système de surveillance²⁵.

¹⁹ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart), RS 251. On pense notamment aux accords illicites au sens de l'article 5 LCart.

²⁰ RS 822.113.

²¹ ATF 130 II 425, c. 4.1 ; TF 6B_536/2009 du 12 novembre 2009, c. 3.4.1, *in* : SJ 2010 I 394.

²² ATF 130 II 425, c. 6.2 ; DUNAND, N 88 *ad* art. 328b CO.

²³ TF 6B_536/2009 du 12 novembre 2009, c. 3.6.1, *in* : SJ 2010 I 394 ; DUNAND, N 88 *ad* art. 328b CO ; WYLER/HEINZER, pp. 417 ss.

²⁴ ATF 130 II 425, c. 4.2 ; DUNAND, N 88 *ad* art. 328b CO ; WYLER/HEINZER, p. 418.

²⁵ WITZIG, N 1641 ss.

C. Les fondements limitant la surveillance

1. Les fondements généraux

Au-delà du droit des obligations, la protection de la personnalité s'inscrit déjà en droit pénal et en droit civil. Ainsi, le droit pénal offre une protection du travailleur, notamment en condamnant la violation des secrets privés (art. 179 CP²⁶) ainsi que l'écoute et l'enregistrement de conversations entre d'autres personnes (art. 179^{bis} CP). Le Code civil consacre de manière générale la protection de la personnalité par l'interdiction des engagements excessifs (art. 27 CC²⁷) et la protection contre les atteintes à la personnalité (art. 28 ss CO). On citera encore l'article 8 CEDH²⁸, qui prévoit notamment que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale et de sa correspondance. Ces aspects ne seront pas examinés plus en avant dans cette contribution.

2. Les fondements en droit du travail

Plus spécifiquement, le contrat de travail prévoit de manière relativement impérative que la partie employeuse protège et respecte la personnalité du travailleur dans les rapports de travail (art. 328 CO). Dans ce cadre, l'employeuse ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail (art. 328b CO) (cf. *supra* II.A). Les dispositions du Code des obligations ne se contentent pas de concrétiser les dispositions générales du Code civil (art. 27 ss CC). Nous considérons en effet que l'article 328 CO va au-delà, en opposant à l'employeuse une obligation d'empêcher que des actes de violation de la personnalité du travailleur soient effectués par d'autres membres du personnel ou des tiers²⁹.

L'article 6 LTr consacre par ailleurs une obligation de l'employeur de prendre les mesures nécessaires de protection de la santé des travailleurs. Il en résulte une interdiction d'utiliser des systèmes de surveillance ou de contrôle destinés à surveiller le comportement des travailleurs à leur poste de travail (par ex. caméras, microphones, systèmes de géolocalisation, logiciels espions³⁰) consacrée à l'article 26 OLT 3. Cette disposition vise notamment la protection de la santé psychique³¹, les systèmes de surveillance étant

²⁶ RS 311.0.

²⁷ RS 210.

²⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

²⁹ ATF 132 III 257, c. 5.1, *in* : JdT 2007 I 274 ; PORTMANN/RUDOLPH, N 7 *ad* art. 328 CO ; LEMPEN, N 3 *ad* art. 328 CO ; WYLER/HEINZER, pp. 395 s.

³⁰ MATHIS-ZWYGART, p. 313.

³¹ WYLER/HEINZER, p. 414.

susceptibles de nuire au bien-être et à la santé psychique des travailleurs³². A relever que pour être interdit par l'article 26 OLT 3, le système de surveillance ou de contrôle doit avoir pour objectif précis de surveiller le travailleur à son poste de travail³³.

D. Les conditions d'une surveillance licite

La jurisprudence a fixé des critères propres à garantir un équilibre entre les intérêts des parties. La surveillance exercée par la partie employeuse est admissible si ses motifs sont légitimes et que la surveillance est proportionnée. Ce second élément est souvent crucial dans l'analyse du caractère licite de la surveillance et comprend les considérations suivantes.

1. La proportionnalité en général

Le principe de la proportionnalité suppose une pesée des intérêts entre les effets de la mesure choisie sur la personnalité du travailleur et le résultat attendu par cette mesure³⁴. Il faut apprécier la gravité de l'atteinte en fonction de l'ensemble des circonstances concrètes.

En particulier, une surveillance générale qui englobe toute la personne du travailleur (par ex. une surveillance audiovisuelle) est plus grave qu'une surveillance limitée à certains aspects de sa personne (par ex. sa voix, son image, sa vitesse d'exécution)³⁵. La gravité est aussi plus importante lorsque la surveillance est permanente³⁶ ou lorsqu'elle est exercée en temps réel, plutôt que de manière différée³⁷.

Le Tribunal fédéral a précisé que l'interprétation de l'article 26 OLT 3 doit être restrictive³⁸. C'est uniquement si les systèmes de contrôle et de surveillance destinés à surveiller le comportement des travailleurs sur le lieu de travail sont susceptibles de porter atteinte à la santé ou au bien-être des travailleurs qu'ils sont interdits³⁹.

³² TF 2A_118/2003 du 13 juillet 2004 ; Pra 2005 I 674 c. 3.3 ; WITZIG, N 1640.

³³ ATF 130 II 425, c. 4.1 ; TF 6B_536/2009 du 12 novembre 2009, c. 3.4.1, *in* : SJ 2010 I 394 ; WYLER/HEINZER, p. 415.

³⁴ ATF 130 II 425, c. 5.2 ; DUNAND, N 89 *ad* art. 328b CO.

³⁵ DUNAND, N 90 *ad* art. 328b CO ; WYLER/HEINZER, p. 418.

³⁶ ATF 130 II 425, c. 6.2 ; TF 6B_536/2009 du 12 novembre 2009, c. 3.6.2 et c. 3.7, *in* : SJ 2010 I 394.

³⁷ WYLER/HEINZER, p. 418.

³⁸ TF 6B_536/2009 du 12 novembre 2009, c. 3.6.1, *in* : SJ 2010 I 394.

³⁹ TF 6B_536/2009 du 12 novembre 2009, c. 3.6.1, *in* : SJ 2010 I 394.

2. L'obligation d'informer de l'employeur

En principe, on reconnaît que la proportionnalité impose une **obligation d'informer** le travailleur à charge de la partie employeuse (cf. ég. art. 5 OLT 3). Ce devoir d'information porte tant sur l'existence d'un système de surveillance que ses modalités et la durée de conservation des données⁴⁰. Il est également admis que les travailleurs (ou les représentants de ces derniers) ont un droit d'être consultés (art. 10 let. a Loi sur la participation ; art. 6 OLT 3). Il en va toutefois différemment lorsque la surveillance est mise en place en raison de soupçons concrets d'infraction du travailleur ; dans ce cas, un devoir d'information, qui rendrait vaines les mesures envisagées, n'existe pas⁴¹. Cela devrait toutefois selon nous être tempéré par une obligation d'information que ce type de surveillance est possible en cas de soupçons concrets, information qui pourrait figurer dans un règlement informatique ou règlement du personnel et qui détaillerait le cadre strict dans lequel ce type de surveillance pourrait être mise en place.

3. Quelques cas d'application

a) L'utilisation d'une machine de timbrage ou d'autres moyens pour contrôler l'horaire de travail

Le fait que la partie employeuse contrôle l'horaire de travail du travailleur, dans l'accomplissement de son obligation légale d'enregistrer le travail, par l'utilisation d'une machine de timbrage ou d'un autre moyen constitue une mesure de surveillance admissible⁴².

b) Le relevé des numéros d'appels téléphoniques

On admet également que la partie employeuse relève les numéros d'appels téléphoniques passés par le travailleur dans le but de vérifier que le travailleur passe des appels en lien avec son travail et pour permettre à l'employeur de facturer les appels privés au travailleur⁴³. Cette mesure de surveillance suppose d'informer le travailleur préalablement, par exemple par le biais d'un règlement interne, sur le système de surveillance utilisé et le mode opératoire (notamment les mécanismes utilisés pour distinguer les appels privés et

⁴⁰ DUNAND, N 93 *ad* art. 328b CO ; WYLER/HEINZER, p. 421.

⁴¹ TF 9C_785/2010 du 10 juin 2011, c. 6.7.3 ; TF 6B_536/2009 du 12 novembre 2009, c. 3.5 et c. 3.7 ; WYLER/HEINZER, p. 421.

⁴² DUNAND, N 91 *ad* art. 328b CO ; WYLER/HEINZER, p. 419.

⁴³ DUNAND, N 91 *ad* art. 328b CO ; WYLER/HEINZER, p. 420 ; Préposé fédéral à la protection des données, Explications sur la surveillance téléphonique sur le lieu de travail, point 3.1.

professionnels), ainsi que les droits d'accès à ces données et la durée de leur conservation⁴⁴.

c) Cybersurveillance

L'utilisation d'internet et du courrier électronique par le travailleur sont traçables. En principe, les serveurs génèrent des fichiers journaux des activités effectuées sur les postes de travail. De nombreuses informations peuvent y être retrouvées. Pour les e-mails, il est notamment possible d'y voir l'heure d'envoi, l'adresse de l'expéditeur et du destinataire et ce qui figure en objet de l'e-mail. Les données des fichiers journaux sont dès lors nominales, puisqu'elles permettent d'identifier la personne qui les a générées. Leur analyse permet ainsi à l'employeur d'exercer une surveillance sur l'utilisation d'internet et de la messagerie électronique par ses employés. Le traitement de ces données nominales doit toutefois respecter la Loi sur la protection des données⁴⁵.

Reste ainsi à définir la surveillance admissible qui peut être exercée par la partie employeuse en lien avec les données contenues dans les fichiers journaux. Lorsque l'employeur agit de manière préventive, en réglementant l'utilisation d'internet et du courrier électronique par le biais de directives (art. 321d CO), la question est moins problématique. L'employeur est libre d'interdire tout usage privé ou de l'admettre dans certaines limites. Plus délicate est la question de savoir dans quelle mesure l'employeur peut ensuite surveiller l'utilisation faite par les employés.

Avant d'installer une telle surveillance, l'employeur doit informer ses employés et établir un règlement concernant cette surveillance⁴⁶.

L'admissibilité des mesures à disposition de l'employeur dépendent de leur impact sur la personnalité du travailleur.

Ainsi, l'utilisation d'un système de surveillance automatique tel qu'un logiciel espion (*spyware*) qui permet à l'employeur de prendre connaissance des activités que le travailleur effectue depuis son poste, comme les sites internet qu'il visite et le temps qu'il passe sur chaque application, et qui effectue régulièrement des captures d'écran sur le poste du travailleur n'est pas autorisée, même en cas de soupçons⁴⁷. Le Tribunal fédéral a jugé qu'un tel système de surveillance constituait une atteinte disproportionnée aux droits

⁴⁴ Préposé fédéral à la protection des données, Explications sur la surveillance téléphonique sur le lieu de travail, point 2.1.2.

⁴⁵ Préposé fédéral à la protection des données, Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail, septembre 2013, point 2.

⁴⁶ DUNAND, N 98 *ad art.* 328b CO ; WYLER/HEINZER, p. 423.

⁴⁷ ATF 139 II 7, c. 5.5, *in* : JdT 2013 II 187 ; DUNAND, N 101 *ad art.* 328b CO ; WYLER/HEINZER, p. 421.

du travailleur, contraire à l'art. 26 OLT 3⁴⁸. Il a reconnu que des moyens alternatifs et moins invasifs permettaient à l'employeur d'assurer une surveillance suffisante sur le travailleur⁴⁹.

L'employeur peut, dans une certaine mesure, **analyser les données des fichiers journaux**. Si les résultats de l'analyse sont **anonymes** et ne se rapportent ainsi pas aux personnes (par ex. statistiques d'utilisation), l'analyse peut être faite sans réserve, même sans soupçonner un comportement abusif au sein des employés, puisque l'auteur de l'e-mail ou le visiteur d'un site internet n'est pas identifiable⁵⁰. L'employeur qui souhaite cibler plus spécifiquement des abus peut également procéder à une analyse **pseudonyme** des données des fichiers journaux, permettant de cibler des employés sans toutefois les identifier. Une telle analyse est également admissible sans réserve⁵¹. En revanche, si les données des fichiers journaux permettent d'identifier l'employé (analyse **nominale**), leur analyse constitue un traitement de données personnelles au sens de l'art. 3 let. e LPD, ce qui implique que les dispositions de la LPD doivent être respectées⁵². Ainsi, pour qu'un tel traitement soit admissible, il faut que l'employeur soupçonne concrètement un abus ou qu'une analyse pseudonyme ait révélé l'existence d'un abus⁵³. En principe, qui souhaite procéder à une analyse nominale des données doit avertir préalablement ses employés⁵⁴.

d) La surveillance de la correspondance non-professionnelle du travailleur

La Cour européenne des droits de l'homme a fixé plusieurs critères permettant de définir si la surveillance de la correspondance non-professionnelle du travailleur par l'employeuse est conforme à l'art. 8 CEDH. En l'espèce, la question portait sur la surveillance de la boîte de messagerie instantanée « Yahoo Messenger » du travailleur, qui devait être utilisée à des fins professionnelles uniquement. Ainsi, la Cour prévoit (i) que le travailleur doit avoir été clairement **informé** de la possibilité que l'employeuse prenne des mesures de surveillance de sa correspondance et de ses autres communications et ait mis en place de

⁴⁸ ATF 139 II 7, c. 5.5, *in* : JdT 2013 II 187 ; WYLER/HEINZER, p. 421.

⁴⁹ ATF 139 II 7, c. 5.5, *in* : JdT 2013 II 187 ; WYLER/HEINZER, p. 421.

⁵⁰ Préposé fédéral à la protection des données, Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail, septembre 2013, point 7.1 ; cf. ég. DUNAND, N 99 *ad* art. 328b CO ; WYLER/HEINZER, p. 422.

⁵¹ Préposé fédéral à la protection des données, Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail, septembre 2013, point 7.2.

⁵² Préposé fédéral à la protection des données, Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail, septembre 2013, point 3 ; cf. ég. WYLER/HEINZER, p. 422.

⁵³ Préposé fédéral à la protection des données, Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail, septembre 2013, point 7.3 ; cf. ég. DUNAND, N 100 *ad* art. 328b CO.

⁵⁴ DUNAND, N 100 *ad* art. 328b CO.

telles mesures, (ii) qu'il faut tenir compte de l'**étendue de la surveillance** opérée et le degré d'intrusion dans la vie privée du travailleur (en distinguant notamment entre la surveillance du flux des communications et celle de leur contenu), (iii) qu'il faut observer si l'employeur s'appuie sur des **motifs légitimes** pour justifier la surveillance et l'accès au contenu des communications (l'accès au contenu exigeant des justifications plus sérieuses), (iv) qu'il faut garantir le respect du principe de la **proportionnalité**, en analysant s'il était possible de mettre en place un système de surveillance moins intrusif et l'accès direct au contenu des communications, (v) qu'il faut en outre tenir compte des **conséquences** entraînées par la surveillance **pour le travailleur** qui en a fait l'objet et enfin (vi) qu'il faut vérifier si l'employeuse a offert au travailleur des **garanties** adéquates, notamment lorsque les mesures de surveillance de l'employeuse avaient un caractère intrusif, permettant notamment d'empêcher l'employeuse d'avoir accès au contenu même des communications en cause sans que le travailleur n'ait préalablement été averti d'une telle éventualité⁵⁵.

Le Tribunal fédéral a récemment condamné une employeuse qui avait accédé, en parvenant à se connecter au compte iCloud d'un employé licencié, aux conversations WhatsApp privées que ce dernier avait eues avec ses proches et ses collègues sur son téléphone professionnel. Durant les rapports de travail, l'employeuse n'avait pas interdit l'utilisation du téléphone professionnel à des fins privées. L'employeuse visait à rassembler des preuves accablant son employé dans l'optique d'une procédure à son encontre. Le Tribunal fédéral précise que lorsque l'employeur a interdit l'utilisation privée d'un moyen de communication professionnel, la marge de manœuvre de l'employeur dans la surveillance est plus grande car il est légitimé à vérifier si l'employé respecte cette directive⁵⁶. Cela ne signifie pas encore que l'employeur puisse prendre connaissance du tenu des conversations de l'employé⁵⁷. Il relève que plusieurs auteurs admettent que les données collectées dans l'optique d'un procès de droit du travail sont des « données nécessaires à l'exécution du contrat de travail » au sens de l'art. 328b CO, autorisant ainsi, en tant que motif justificatif, un traitement de données de l'employé⁵⁸. Ainsi, l'accès aux messages privés d'un employé dans le but de préparer un procès en matière de droit du travail serait à première vue licite⁵⁹. Néanmoins, le Tribunal fédéral rappelle que les principes de la LPD doivent trouver application, comme la proportionnalité⁶⁰. En l'espèce, d'autres mesures moins intrusives,

⁵⁵ CourEDH, Grande Chambre, *Affaire Bărbulescu c/ Roumanie*, requête n° 61496/08 du 5 septembre 2017, ch. 121.

⁵⁶ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 4.3.1.

⁵⁷ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 4.3.1.

⁵⁸ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 4.3.1.

⁵⁹ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 4.3.1.

⁶⁰ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 4.3.1.

comme des témoignages d'autres employés auraient permis à l'employeuse de défendre ses intérêts⁶¹.

IV. Télétravail : nouveaux enjeux ?

A. La notion

On entend par télétravail (ou *homeoffice*) le fait d'effectuer un travail rémunéré dans son propre espace privé à l'aide des technologies de communication. Dans le cadre d'un contrat de travail, la subordination du travailleur tout comme son intégration à l'organisation de l'employeur se font par des moyens technologiques, comme l'accès à distance au serveur et à l'intranet de l'entreprise⁶². Le télétravail doit en principe faire l'objet d'un accord entre les parties. Il peut couvrir la totalité du temps de travail ou un certain pourcentage du taux d'occupation du travailleur⁶³. Nous avons toutefois vu que dans le contexte de la pandémie du COVID-19, le télétravail a même été imposé par les autorités aux employeurs et employés⁶⁴ au titre de mesure sanitaire. Ce télétravail imposé doit à notre sens être distingué du télétravail volontaire et mutuellement convenu entre les parties. En effet, si l'imposition du télétravail dans le contexte sanitaire a pu, pour certains employeurs, accélérer la transition vers un régime mixte durable permettant d'accomplir le télétravail en alternance avec le travail sur site, elle était pour de nombreux employeurs une contrainte non souhaitée, ne reposant dès lors pas sur une relation de confiance mutuelle mais uniquement sur une obligation légale. Cette absence de confiance a ainsi pu influencer les choix d'employeurs dans la mise en place de systèmes de surveillance qu'il convient selon nous de relever ici, en complément des risques plus généraux inhérents à la surveillance dans le cadre du télétravail.

B. Les risques

1. Risques accrus en matière de confidentialité et de sécurité des données

Qu'il s'agisse de télétravail volontaire ou imposé, ce cadre implique pour l'employé d'effectuer son travail en dehors des locaux de l'entreprise, en principe depuis son

⁶¹ TF 4A_518/2020 du 25 août 2021, c. 4.3.1.

⁶² CARCAGNI ROESLER, p. 76 ; STEIGER-SACKMANN, p. 301.

⁶³ STEIGER-SACKMANN, p. 301.

⁶⁴ Art. 4 Loi COVID-19 et son Ordonnance d'application.

domicile. Pour ce faire, l'employé sera donc amené à bénéficier d'outils lui permettant d'accéder à distance aux informations et systèmes de son employeur. Cela a plusieurs conséquences. En premier lieu, un tel accès à distance est encore souvent accompagné en pratique de la sortie des locaux de l'entreprise de documents physiques (dossiers, mémo, etc.) que le travailleur souhaitera prendre avec lui pour des questions de confort ou parfois de nécessité si les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches n'existent qu'en format papier. Or, en sortant des tels documents des locaux professionnels, un risque accru existe qu'ils soient perdus ou qu'ils puissent être consultés par des personnes externes à l'entreprise (membres de la famille du travailleur, proches, etc.).

En parallèle, si le système informatique déployé au sein de l'entreprise n'a pas été conçu pour permettre le travail à distance (comme c'est le cas de nombreuses entreprises auxquelles le télétravail a été imposé), un risque accru existe que les employés soient tentés d'utiliser des moyens détournés pour effectuer leurs tâches en télétravail, s'envoyant des informations sur leurs adresses emails privées, utilisant des outils de messagerie gratuits type WhatsApp pour communiquer ou encore enregistrant leur travail sur des serveurs ou disques personnels. Avec pour conséquence une perte de contrôle des données professionnelles mais aussi un risque accru de voir l'entreprise fragilisée face à un risque de cyberattaque (connexions internet non-sécurisées, adresses emails privées hackées, etc.).

Or, en sus de ses probables obligations contractuelles ou légales en matière de confidentialité vis-à-vis de cocontractants, de clients, etc., l'employeur a également une obligation d'assurer la sécurité des données personnelles de ses employés (art. 7 LPD ; art. 8 nLPD). En réaction, plusieurs mesures prises par les employeurs peuvent être constatées : migration vers des solutions « cloud » pour faciliter l'accès à distance, mise à disposition d'outils de messagerie instantanée professionnelle, digitalisation des informations et interdiction de l'impression de documents, fournitures d'ordinateurs portables ou tablettes professionnels pour éviter le recours à des outils privés, etc. D'apparence louables, plusieurs de ces mesures peuvent toutefois se révéler problématiques dans le contexte de la surveillance et du traitement des données des employés. En premier lieu, si le recours à une solution « cloud » pour traiter des données d'employés n'est pas interdite, l'employeur prendra soin de s'assurer de la conformité de la solution choisie avec ses obligations réglementaires et légales, s'agissant notamment des règles applicables en matière de traitement de données par des tiers et de transferts internationaux⁶⁵.

Par ailleurs, pour lutter contre le risque accru d'atteinte à la confidentialité et de perte de données, les entreprises sont de plus en plus nombreuses à adopter des programmes informatiques visant à prévenir cette perte (souvent appelés *Data Loss Prevention*

⁶⁵ FLUECKIGER, pp. 15 ss.

Programmes ou DLP). Ces programmes, qui peuvent revêtir plusieurs formes, se fondent souvent sur un logiciel informatique paramétré afin d'empêcher certaines actions ou bien d'attirer l'attention de l'employé sur le risque que représente une opération envisagée, par exemple en adressant une notification à l'auteur d'un email dont le destinataire aurait une adresse email externe à l'organisation, ou bien en empêchant le téléchargement de certains documents ou leur copie sur un support externe. Pour être efficaces, ces programmes doivent être actifs en permanence et surveiller l'ensemble des activités informatiques de chaque employé. Un tel outil de surveillance, pour être licite, devra donc se conformer aux règles applicables en matière de surveillance des employés (*supra* III). En particulier, si l'on peut admettre qu'un tel programme DLP puisse servir l'intérêt légitime de l'employeur de lutter contre la perte de ses données et la violation d'obligations de confidentialité, chaque entreprise souhaitant mettre en place ce type de programme devra se poser la question de la proportionnalité de l'outil envisagé. En effet, face à une surveillance permanente, un employeur se devra d'être particulièrement attentif à la mise en place de mesures strictes pour s'assurer d'une part de l'adéquation de l'outil par rapport au but recherché ainsi que de l'aptitude à réaliser ce but (un outil qui ne fait qu'envoyer une notification à l'auteur d'une certaine action sans l'empêcher est-il vraiment un outil de prévention efficace ?), mais aussi afin de limiter autant que possible les conséquences néfastes que la surveillance constante pourrait avoir sur les employés. L'employeur pourra ainsi envisager plusieurs cautions, comme l'accès limité aux données collectées par l'outil aux seuls membres de l'équipe informatique de l'entreprise, à l'exclusion d'autres services (RH, direction, etc.), une durée de rétention courte, un programme interne strict de gestion des accès aux informations sensibles. La mise en place d'un tel programme devra par ailleurs s'accompagner d'une consultation des travailleurs et d'une communication claire sur les objectifs et le fonctionnement de l'outil, qui ne devra en aucun cas porter sur la surveillance de la performance des employés.

2. Difficile distinction entre données professionnelles et privées

Un autre risque important lié à la pratique du télétravail réside dans la difficulté accrue pour les parties de conserver une séparation stricte entre les données privées de l'employé et celles professionnelles. On l'a vu, ne seront présumés licites que la collecte et le traitement des données personnelles de l'employé en lien avec l'accomplissement du travail et l'aptitude de l'employé à effectuer son travail⁶⁶. En dehors de ce cadre, il devra établir qu'il peut se fonder sur un autre motif justificatif (art. 13 LPD). Or, dans le contexte du télétravail, la partie employeuse risque d'être amenée à collecter de plus en plus d'informations sur la sphère privée de ses employés. Dans certains cas, il s'agira de données traitées sur des périodes très courtes, sans conséquences critiques (comme par exemple des images vidéo du domicile du travailleur collectées dans le cadre de réunion

⁶⁶ *Supra* II.A. et les références citées.

se tenant par visioconférence). Mais fréquemment, il s'agira d'informations plus importantes, collectées par exemple lors d'une intervention de support sur l'ordinateur privé de l'employé auquel aucun ordinateur portable professionnel n'aura été fourni. Ou à l'inverse, il est de plus en plus fréquent que les employés pratiquant régulièrement le télétravail ne disposent même plus d'un ordinateur privé, étant au bénéfice d'un ordinateur portable professionnel, et utilisent dès lors leur appareil professionnel également à des fins privées. Dans un tel cadre, l'employeur intervenant sur l'appareil privé ou ayant toléré une utilisation privée de l'ordinateur professionnel ne pourrait y accéder qu'aux conditions strictes énoncées sous III.D.3.d, imposant à l'employeur d'une part une communication claire, transparente et préalable à toute intervention, et d'autre part une analyse des règles de proportionnalité pour tout type d'accès envisagé⁶⁷. Or, si un accès limité à des fins de support technique pourrait être considéré comme conforme au principe de proportionnalité, le déploiement par exemple sur l'ordinateur de l'employé en télétravail d'un programme DLP qui scannerait tous les emails sortants, y compris ceux des boîtes emails privées que l'employé pourrait utiliser sur ce poste, serait clairement excessif et non-conforme aux règles applicables en matière de surveillance.

Or, ce risque de mélange entre données privées et professionnelles est susceptible de pousser les employeurs à interdire purement et simplement toute utilisation privée des outils fournis par l'entreprise, et à interdire tout programme de « BYOD » dans lequel l'employé serait autorisé à utiliser son propre outil dans le cadre professionnel.

3. Surveillance accrue et profilage ?

Le télétravail volontaire repose sur un lien de confiance particulier, justifiant que la violation des directives par l'employé soit sanctionnée, parfois même par un licenciement immédiat⁶⁸. Encore faut-il que l'employeur puisse prouver cette violation. A cet égard, les risques encourus par l'employeur, potentiellement plus grand en cas de travail à distance, peuvent encourager ce dernier à exercer davantage de surveillance, sous couvert que ses intérêts seraient davantage mis en danger. On peut notamment penser au respect des directives sur le temps et le lieu de travail : en télétravail, il existe un risque plus grand que l'employé travaille de nuit, le dimanche ou qu'il n'effectue pas l'intégralité de ses heures sans que la partie employeuse ne s'en rende compte ; il existe également un risque que l'employé travaille depuis l'étranger à l'insu de l'employeur.

La partie employeuse peut ainsi être tentée d'adopter certaines mesures de surveillance renforcée, comme chercher à contacter l'employé pour vérifier qu'il travaille durant le temps imparti, que ce soit par le biais d'appels inattendus ou de messages imprévisibles.

⁶⁷ CourEDH, Grande Chambre, *Affaire Bărbulescu c/ Roumanie*, requête n° 61496/08 du 5 septembre 2017, ch. 121.

⁶⁸ WYLER/HEINZER, p. 112.

Elle peut également vérifier la provenance de la connexion de ses employés, afin de s'assurer qu'ils travaillent bien depuis leur domicile. Enfin, certains employeurs sont tentés d'installer des logiciels permettant d'enregistrer les frappes que le travailleur effectue sur le clavier de son ordinateur afin de pouvoir vérifier une activité régulière. Or, si l'on admet en pratique que la mise en place d'un système d'enregistrement des heures de travail, effectué par exemple au moyen d'une machine de timbrage (cf. *supra* II.D.3.a), il est douteux qu'un système surveillant en permanence la réalisation d'activités (clics de souris, frappes de claviers, etc.) pour assurer que les heures de travail sont accomplies puisse être admis comme un outil de surveillance licite. En effet, bien que l'objectif consistant à s'assurer que l'employé dédie bien son temps de travail à l'accomplissement de ses tâches soit sans doute légitime, un tel outil ne passerait sans doute pas le test de la proportionnalité, l'aptitude et l'adéquation de l'outil pour atteindre cet objectif étant très contestable (un employé pourrait taper sur son clavier en continu pour jouer à des jeux vidéo...) et la mesure n'étant de loin pas la moins intrusive (un outil dans lequel l'employé inscrit ses heures travaillées ou bien « timbre » numériquement serait sans doute suffisant).

Cette tentation de surveillance accrue est cependant indéniable⁶⁹ et, combinée avec une augmentation du nombre de données collectées au sujet des employés du fait même que les échanges deviennent quasi-exclusivement digitaux, elle tend également vers un risque accru de profilage des employés. Ce risque a d'ailleurs été anticipé par le législateur puisque dans la définition de profilage telle qu'adoptée dans la future LPD est incluse la notion de « [...] *traitement automatisé de données personnelles consistant à utiliser ces données pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, [...]* » (art. 5 f nLPD). Or, on ne peut exclure que, selon l'ampleur des outils de surveillance déployés et du profilage réalisé, les règles applicables en matière de traitement susceptibles d'entraîner un risque élevé d'atteinte à la personnalité ou de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée s'appliquent et que l'employeur se trouve dans l'obligation de réaliser une analyse d'impact au sens de l'article 22 nLPD⁷⁰. Un employeur prudent ne saurait selon nous l'écarter d'emblée.

⁶⁹ Surveillance des employés : ce qui inquiète les syndicats, *in* : Le Temps, 10 janvier 2022, disponible à l'adresse suivante : <https://www.letemps.ch/economie/surveillance-teletravail-inquiete-syndicats>.

⁷⁰ MÉTILLE, Le traitement, p. 22.

V. Pistes de réflexion et conclusion

A. Le droit français

Face à l'augmentation massive du télétravail, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a publié les règles applicables concernant le contrôle admissible de l'activité des salariés en télétravail. Comme en droit suisse, une surveillance est possible si elle est strictement **proportionnée à l'objectif poursuivi** et qu'elle ne porte pas atteinte aux droits et libertés des salariés, en particulier leur vie privée (Code du travail français (C. trav.) L. 1121-1).

Avant la mise en œuvre de ces mesures, la partie employeuse doit **informer** l'ensemble des salariés des dispositifs de contrôle qu'elle entend instaurer, de manière collective, par le biais des instances représentatives du personnel (C. trav. 2312-38) et de manière individuelle (C. trav. 1222-4)⁷¹. A défaut d'information, les enregistrements ne peuvent en principe pas être opposés à l'employé. Récemment, plusieurs arrêts⁷² ont toutefois tempéré ce principe en admettant des exceptions fondées sur le droit à la preuve. C'est le cas lorsque le juge conclut que l'utilisation de cette preuve ne porte pas atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble ; l'exercice appelle une mise en balance entre le droit au respect de la vie personnelle de l'employé et le droit à la preuve⁷³. Cette issue nuancée de la Cour de cassation a fait l'objet de critiques, relevant qu'elle génère des incertitudes⁷⁴.

Depuis l'entrée en vigueur du RGPD, les traitements de surveillance de l'activité des employés doivent être portés au registre des traitements.

Si le traitement de données personnelles envisagé présente un risque élevé pour les droits et libertés des travailleurs, il doit faire l'objet d'une analyse d'impact (art. 35 RGPD). La CNIL a adopté une liste des traitements requérant une analyse d'impact. Elle contient notamment les « traitements ayant pour finalité de surveiller de manière constante l'activité des employés concernés », soit notamment les dispositifs de cyber surveillance tels que ceux procédant à une analyse des flux de courriels sortant pour identifier de potentielles fuites d'information (Data Loss Prevention), la vidéosurveillance d'employés

⁷¹ Cour Cass., soc. arrêt n° 1249 FS-B, pourvoi n° T 20-12.263 du 10 novembre 2021.

⁷² Cour Cass., soc. arrêt n° 1249 FS-B, pourvoi n° T 20-12.263 du 10 novembre 2021 ; Cour Cass., soc. arrêt n° 1119 FP-P+B+R+I, pourvoi n° X 17-19.523 du 25 novembre 2020.

⁷³ Cour Cass., soc. arrêt n° 1249 FS-B, pourvoi n° T 20-12.263 du 10 novembre 2021.

⁷⁴ COUÉDEL.

qui manipulent de l'argent ou l'utilisation d'un chronotachygraphe des véhicules de transport routier⁷⁵.

La jurisprudence française a notamment précisé qu'il est interdit pour l'employeur d'avoir recours à des stratagèmes visant à « piéger » un salarié.

Il n'est également pas admissible, puisque disproportionné, d'exercer une surveillance permanente comme par exemple par le partage permanent de l'écran ou l'utilisation de keyloggers (logiciels permettant d'enregistrer les frappes que le travailleur effectue sur le clavier de son ordinateur), par le fait d'obliger le travailleur d'effectuer régulièrement des actions pour prouver sa présence derrière son écran (par exemple, cliquer sur une application à intervalles réguliers).

Le droit à la déconnexion vise à garantir le respect des temps de repos et de congé ainsi que la vie personnelle et familiale et la santé du travailleur (Code du travail français (C. trav.) L. 2242-17). Le Code du travail français ne précise pas les modalités de ce droit, qui doivent être concrétisées par un accord collectif entre l'employeur et les travailleurs, pour les entreprises dotées de représentants syndicaux ou par une charte édictée par l'employeur, pour les autres structures. En pratique, le droit à la déconnexion doit permettre d'instaurer des consignes visant à instaurer des horaires fixes pour les employés en télétravail, à éviter que les employés ne répondent aux sollicitations de l'employeur (par e-mails ou par téléphone) en dehors des heures de travail, ou encore à mettre en place des dispositifs de mise en veille des serveurs informatiques de l'entreprise en dehors des heures de travail.

B. Le droit allemand

En Allemagne, le § 87 al. 1 n. 6 BetrVG accorde aux délégués du personnel (*Betriebsrat*) un droit de codécision pour l'introduction et l'utilisation de dispositifs techniques de surveillance des travailleurs. Ce pouvoir vise à compenser le fait que ces dispositifs ont un impact important sur la sphère personnelle des employés⁷⁶.

Le contrôle de l'historique du navigateur de l'employé est autorisé si l'utilisation privée du poste a été interdite et si les employés ont été informés de manière suffisamment

⁷⁵ CNIL, Liste des types d'opérations de traitement pour lesquelles une analyse d'impact relative à la protection des données est requise, disponible sous le lien suivant : Liste des types d'opérations de traitement pour lesquelles une analyse d'impact relative à la protection des données est requise (cnil.fr).

⁷⁶ SALAMON, § 325 Arbeitsrecht, N 1.

transparente de l'existence de contrôles et que le principe de la proportionnalité est respecté⁷⁷.

Les mesures de surveillance secrète, telles que l'utilisation de keyloggers ou la réalisation de captures d'écran sont en principe interdites s'il n'existe pas de soupçon d'infraction pénale ou d'autre manquement grave aux obligations contractuelles de l'employé (art. 32 al. 1 BDSG)⁷⁸. Elles ne sont autorisées que si l'employeur a des raisons de soupçonner un délit ou manquement grave aux obligations du travailleur. Une fraude liée au temps de travail peut suffire dans ce contexte⁷⁹.

VI. Conclusion

Une analyse rapide des règles en vigueur chez nos voisins permet de constater que la Suisse n'est pas la seule à être confrontée aux problématiques accrues de surveillance au travail face à une pratique du télétravail qui augmente. Les règles en place, pour certaines anciennes, permettent toutefois d'arriver à des résultats similaires. A notre avis, les spécificités du télétravail n'appellent pas d'adaptation de la loi en lien avec le traitement des données et la surveillance exercée par l'employeur.

En revanche, la distance physique et la diminution des contacts réguliers combinées à la digitalisation de la relation de travail dans le contexte du télétravail créent un contexte favorable à une surveillance accrue, surveillance facilitée par des outils de plus en plus développés en la matière. Ainsi, le risque est grand qu'un employeur soit tenté d'utiliser ces outils à mauvais escient et de surveiller la performance de ses employés sous couvert de volonté de conformité avec des obligations légales (enregistrement du temps de travail, sécurité, etc.). Dans ce contexte, la mise en place de garde-fou nous semble nécessaires. En premier lieu, le télétravail doit pouvoir reposer sur la confiance mutuelle des parties à la relation de travail et c'est pourquoi nous recommandons une communication claire de la part de l'employeur des attentes de ce dernier en termes d'organisation du temps, de mesures de sécurité, d'utilisation privée (ou non) des outils mis à disposition, etc. Cela devra être accompagné d'une communication transparente sur les outils utilisés qualifiables d'outils de surveillance et sur l'usage fait des données collectées.

En parallèle, l'employeur devra, avant l'adoption de tout nouvel outil, s'interroger sur la proportionnalité des conséquences qu'il pourra avoir sur les travailleurs au vu de l'objectif poursuivi, en intégrant les principes de protection des données dès la conception et par

⁷⁷ CONRAD/TREEGER, N 289.

⁷⁸ CONRAD/TREEGER, N 291.

⁷⁹ GÜNTHER/BÖGLMÜLLER, p. 188.

défaut, si besoin au moyen d'une étude d'impact. Cette analyse ne devra pas se faire uniquement à l'adoption de l'outil mais aussi lors de revues périodiques, car le risque de dérives n'est pas limité au moment de l'adoption de l'outil mais se poursuit pendant toute la durée d'utilisation d'un système de surveillance.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- CARCAGNI ROESLER ROMINA, Home Office, *in* : ArbR 2014, pp. 71-91.
- CONRAD ISABELL/TREEGER CHRISTINA, § 34 Recht des Datenschutzes, *in* : Auer-Reinsdorff/Conrad (édit.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3^e éd., Munich 2019, pp. 1761 ss.
- COUËDEL CLÉMENT, Usage de la vidéosurveillance et licéité des moyens de preuve, novembre 2021, disponible sous le lien suivant : Usage de la vidéosurveillance et licéité des moyens de preuve – Rupture du contrat de travail | Dalloz Actualité (dalloz-actualite.fr).
- DOMENIG PASCAL, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, thèse St. Gall, Berne 2016.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, *ad art. 328b CO*, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.
- FLUECKIGER CHRISTIAN, Principes généraux de la protection des données et communications transfrontières dans le cadre des relations de travail, *in* : Dunand/Mahon (édit.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, pp. 1-24.
- GÜNTHER JENS/BÖGLMÜLLER MATTHIAS, COVID-19-Pandemie und Home-Office, *in* : ArbRAktuell 2020, pp. 186-188.
- GUISAN ALEXANDRE/HIRSCH CÉLIAN, La surveillance secrète de l'employé : de la protection des données à la procédure pénale, *in* : RSJ, 23/2019 (115), pp. 707-719.
- LEMPEN KARINE, *ad art. 328 CO*, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021.
- MATHIS-ZWYGART ESTELLE, La surveillance des travailleurs sous l'angle des articles 328b CO et 26 OLT 3, *in* : Dunand/Mahon (édit.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017.
- MEIER PHILIPPE, Protection des données, Berne 2010.
- MEIER-GUBSER STÉPHANIE, Surveillance des collaborateurs : Droits, devoirs et interdictions *in* : TREX 2020 pp. 292-297.
- MÉTILLE SYLVAIN, La surveillance électronique des employés, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 99-129 (cité : MÉTILLE, La surveillance).
- MÉTILLE SYLVAIN, Le traitement de données personnelles sous l'angle de la (nouvelle) loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020, *in* : SJ 2021 II 1, pp. 1-44 (cité : MÉTILLE, Le traitement).
- PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, *ad art. 324, 327, 327a et 328 CO*, *in* : Honsell/Vogt/Wiegand (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6^e éd. Bâle 2015.
- ROSENTHAL DAVID, *ad art. 328b CO*, *in* : Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, sowie weitere, ausgewählte Bestimmungen, Genève/Zurich/Bâle 2008.
- SALAMON ERWIN, § 325, *in* : Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Vol. 4 : Kollektives Arbeitsrecht II, 4^e éd., Munich 2018.

STEIGER-SACKMANN SABINE, Arbeitsrechtlicher Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit, *in* : DTA 4/2020, pp. 300-315.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, *ad* art. 328b CO, *in* : Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2012.

WITZIG AURÉLIEN, Droit du Travail, Zurich 2018.

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019.

JEAN-PHILIPPE DUNAND/MARIE MAJOR

Caractéristiques et preuve du harcèlement psychologique (mobbing) dans le contexte du télétravail

Sommaire	Page
I. Introduction	156
II. Harcèlement psychologique et télétravail	156
A. Contexte légal	156
B. Critères jurisprudentiels du harcèlement psychologique	158
1. Nature des comportements hostiles	159
a) En général	159
b) En télétravail	161
2. Durée et fréquence des comportements hostiles	164
a) En général	164
b) En télétravail	165
3. Le ou les auteur(s) du harcèlement	166
a) En général	166
b) En télétravail	167
4. Finalité du mobbing	167
a) En général	167
b) En télétravail	169
III. Les enjeux liés à la preuve	170
A. Objet de la preuve : les faits allégués par les parties	170
B. Mécanisme de la preuve	171
C. Moyens de preuve	173
1. En général	173
a) Témoins	173
b) Titres	175
c) Expertise	176
2. En télétravail	177
IV. Conclusion	177
Bibliographie	179

I. Introduction

Le harcèlement psychologique (mobbing) ou harcèlement moral constitue un processus pervers et destructeur qui tend à s'attaquer à l'identité de la victime, et à lui retirer toute individualité¹. Vu son caractère insidieux, il est généralement difficile d'en apporter la preuve. Reconnu dans l'ordre juridique suisse depuis une vingtaine d'années, le harcèlement psychologique dans le contexte professionnel a donné lieu à de nombreuses jurisprudences et contributions doctrinales. Avec la pandémie COVID-19, l'essor sans précédent du télétravail a plongé les relations de travail dans de nouvelles dimensions. L'isolement physique de la personne employée, la perméabilité entre les sphères professionnelle et personnelle, ainsi que l'utilisation des technologies de l'information et de la communication (ci-après : TIC) ont bouleversé les modes relationnels classiques au sein des entreprises, en fragilisant les liens sociaux stables qui prévalaient jusqu'alors.

Si le phénomène de harcèlement par le biais des TIC (cyberharcèlement), notamment par les réseaux sociaux chez les adolescents et en milieu scolaire, a été révélé et débattu dans l'actualité médiatique et politique récente, il demeure encore discret et peu exploré dans le cadre des relations de travail. Or, selon certaines études, ce phénomène est tout aussi impactant dans le contexte professionnel². Il nous paraît dès lors important de rediscuter de la notion de mobbing, à l'ère du télétravail. Nous traiterons des caractéristiques (**chapitre II**), puis de la preuve (**chapitre III**) du harcèlement psychologique.

II. Harcèlement psychologique et télétravail

Après avoir rappelé le contexte légal de la protection de la personnalité (**section A**), nous exposerons la définition du mobbing retenue par le Tribunal fédéral en analysant les différents éléments qui la composent (**section B**). Nous nous interrogerons sur son application au télétravail, principalement sous l'angle du cyberharcèlement et des nouveaux comportements induits par la distance physique.

A. Contexte légal

Le harcèlement psychologique dans les relations de travail constitue une atteinte grave à la personnalité, et souvent à la santé du travailleur. Il en résulte que le mobbing contrevient

¹ HIRIGOYEN, pp. 7 ss.

² BEITZINGER/LEEST, p. 30 ; BIT, N 54 ; DE STEFANO et al., p. 18 ; FORSELL, pp. 454 ss.

autant aux règles de droit privé sur la protection de la personnalité (cf. art. 28 ss CC et art. 328 CO) qu'aux règles de droit public sur la protection de la santé (cf. art. 6 LTr et art. 2 OLT 3)³.

A teneur de l'article 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur ; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes.

En l'absence de règles spécifiques consacrées au télétravail⁴, il est admis que les dispositions ordinaires sur le contrat de travail, de même que la législation sur le travail s'appliquent *mutatis mutandis*⁵. L'employeur a ainsi l'obligation de protéger la personnalité des personnes exerçant tout ou partie de leur activité en télétravail⁶.

La notion de « rapports de travail » doit être comprise largement et englober la diversité des lieux de travail, dont l'espace personnel choisi pour télétravailler⁷.

D'un point de vue temporel, en matière de harcèlement sexuel qui constitue – à l'instar du harcèlement psychologique – une atteinte grave à la personnalité⁸, il est admis que les temps de travail « improductifs », notamment les échanges informels, sont également compris dans la notion de « rapports de travail ». Il convient ainsi d'y inclure les comportements ou agissements ayant cours lors des pauses, fêtes du personnel, séminaires, vestiaires, etc.⁹ Dans certains cas, les propos échangés entre collègues hors des heures de travail peuvent également être pris en compte. En effet, dans une affaire, le Tribunal fédéral a qualifié de harcèlement sexuel le comportement d'un directeur épris de sa collaboratrice, alors en incapacité de travail, manifestant ses attentes par des avances et propositions insistantes envoyées par SMS et emails à des heures tardives¹⁰.

³ DUNAND, Commentaire, N 31 *ad* art. 328 CO ; TF 8C_590/2020 du 8 juillet 2021, c. 4.1 ; TF 8C_41/2017 du 21 décembre 2017, c. 3.5.

⁴ Sur la définition, cf. BILLARANT, pp. 172 ss ; ETTER/SOKOLL, N 32 ; WITZIG, pp. 172 s. Voir aussi, dans le présent ouvrage, la contribution de BILLARANT, pp. 1 ss.

⁵ DUNAND, Mobbing et télétravail, p. 565 ; ETTER/SOKOLL, N 32 et 40 ; PÄRLI/EGGMANN, N 4.2 et 4.3.

⁶ BILLARANT, N 614, p. 195 ; ETTER/SOKOLL, *ibid*.

⁷ BIT, N 183 ; DE STEFANO et al., p. 3 ; DUNAND, Mobbing et télétravail, p. 566.

⁸ DUNAND, Commentaire, N 31 *ad* art. 328 CO.

⁹ LEMPEN, Egalité, N 19 *ad* art. 4 LEg ; STEIGER-SACKMANN, p. 80. Voir aussi, l'art. 3 de la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 190 concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail qui utilise les termes « en lien ou du fait du travail ». Au moment de terminer la présente contribution (février 2022), cette convention n'est toutefois pas encore ratifiée par la Suisse. En tous les cas, elle pourra constituer une importante source d'inspiration.

¹⁰ TF 4A_544/2018 du 29 août 2019, c. 7.2.

Même si la question du champ d'application est moins discutée dans la doctrine et la jurisprudence s'agissant du harcèlement psychologique, nous considérons que les mêmes principes devraient s'appliquer.

B. Critères jurisprudentiels du harcèlement psychologique

Le phénomène de « harcèlement psychologique » a été mis en lumière par la psychologie du travail. Le terme *mobbing* est dérivé du verbe anglais *to mob*, qui signifie « attaquer », « malmener », « assiéger », « faire foule autour de »¹¹. Il a été popularisé dans les années 1980 par HEINZ LEYMAN, psychologue allemand installé en Suède, pour décrire les formes sévères de harcèlement dans les organisations¹².

En l'absence de définition légale, le Tribunal fédéral se référant, notamment, aux travaux de LEYMAN, a caractérisé, dès 2003, le *mobbing* de la manière suivante :

« Le harcèlement psychologique, appelé aussi *mobbing*, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail »¹³.

Même si elle a pu être contextualisée au gré des arrêts, cette définition, qui vaut pour les relations de travail fondées tant sur le droit privé que sur le droit public¹⁴, semble intemporelle et demeure celle retenue par notre Haute Cour. Elle comporte quatre éléments cumulatifs qu'il convient de détailler et d'analyser à travers le prisme du télétravail : la nature des comportements hostiles (**sous-section 1**), leur durée et leur fréquence (**sous-section 2**), le statut et le nombre d'harceteur(s) (**sous-section 3**) et la finalité du *mobbing* (**sous-section 4**).

Lorsque dans un cas d'espèce les éléments de la définition sont cumulativement réalisés, l'on se trouve dans un contexte caractérisé de *mobbing*. Si, au contraire, un élément fait défaut, encore faut-il vérifier que l'on ne se trouve pas en présence d'un autre type d'atteinte prohibée à la personnalité du travailleur concerné (cf. art. 328 CO)¹⁵. Finalement, chaque situation doit être appréciée globalement et le juge appelé à trancher un cas dispose d'une grande marge d'appréciation¹⁶.

¹¹ Cf. DUNAND, *Harcèlement*, p. 19 ; WAEBER, p. 792.

¹² Cf. LEYMAN, pp. 16 ss.

¹³ TF 2P.207/2002 du 20 juin 2003, c. 4.2, où LEYMAN est expressément cité.

¹⁴ TF 8C_590/2020 du 8 juillet 2021, c. 4.1 et la jurisprudence citée ; TF 1C_156/2007 du 30 août 2007, c. 4.2.

¹⁵ Cf. TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020, c. 4.3.7 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 17 *ad* art. 328 CO.

¹⁶ TF 4A_714/2014 du 22 mai 2015, c. 2.2 et la jurisprudence citée.

1. Nature des comportements hostiles

a) En général

Le harcèlement psychologique est tout d'abord caractérisé par « un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles ». Ces comportements portent généralement sur la possibilité de s'exprimer et les relations sociales de la victime, la considération dont elle bénéficie, la qualité de sa vie professionnelle et de sa vie privée, ainsi que sa santé, éléments qui constituent différentes facettes de la personnalité d'un individu¹⁷.

LEYMANN a proposé une liste de quarante-cinq agissements qui sont typiques du harcèlement psychologique. Ceux-ci se recoupent en cinq catégories (agissements visant à : 1. empêcher la victime de s'exprimer ; 2. isoler la victime ; 3. déconsidérer la victime auprès de ses collègues ; 4. discréditer la victime dans son travail ; 5. compromettre la santé de la victime)¹⁸. Si, à notre connaissance, la jurisprudence cantonale et fédérale ne se réfère pas directement à cette liste pour qualifier un comportement d'hostile, de tels agissements se retrouvent dans les cas traités.

A titre d'exemple, le Tribunal fédéral a, notamment, considéré que les comportements suivants sont susceptibles d'être qualifiés d'« hostiles » :

- Donner des directives reflétant un autoritarisme déplacé¹⁹ ;
- Priver un directeur de toute initiative en le confinant à un rôle d'exécutant par une intervention quotidienne, de nombreux appels téléphoniques et des tracasseries²⁰ ;
- Confier à une employée une charge de travail non réaliste et attendre de celle-ci qu'elle l'exécute dans un laps de temps imparti²¹ ;
- Prétexter des tracasseries organisationnelles en tout genre (horaires, vacances²², congé parental,²³ etc.) ;
- Reléguer une employée à des tâches subalternes²⁴ ;

¹⁷ TC/VD du 25 avril 2001, *in* : RSJ 98 (2002) 447 ; TC/VS du 6 juillet 1998, c. 3b/aa, *in* : RVJ 2000 177. Voir aussi ETTER/SOKOLL, N 43.

¹⁸ LEYMANN, pp. 33 s. Voir aussi ETTER/SOKOLL, N 44 ; MEIER-GUBSER, p. 104.

¹⁹ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 3.2.

²⁰ TF 4C.320/2005 du 20 mars 2006, c. 2.3 et 2.4.

²¹ Cf. TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005, c. 7.2 ; le mobbing n'a toutefois pas été retenu.

²² TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, faits, partie C.

²³ TF 8C_590/2020 du 8 juillet 2021, c. 8.2.

²⁴ *Ibid.*

- Déplacer un employé à un autre poste, alors que des négociations sont en cours²⁵ ;
- Communiquer de manière non éthique et agressive²⁶ ;
- Montrer des signes d'agacement dans la communication (soupirs, lever les yeux au ciel, grimaces)²⁷ ;
- Privilégier une communication écrite dure, blessante, rabaisante et vexatoire (notamment par l'usage de caractères majuscules et/ou gras)²⁸ ;
- Disqualifier professionnellement une employée de façon permanente²⁹ ;
- Autoriser la publication d'un article de presse révélant les prestations insuffisantes d'une employée³⁰ ;
- Interdire aux collègues d'adresser la parole à une personne³¹ ;
- Rabaisser publiquement une personne (*in casu*, « ça ne va pas [avec elle], on ne va pas y arriver », « elle ne fera pas long »)³² ;
- Harceler « administrativement » un employé par de nombreux courriers et téléphones pendant une incapacité de travail³³ ;
- Menacer un employé de licenciement³⁴.

La qualification de comportement « hostile » n'est pas liée à l'intensité de l'acte. En effet, les attaques ne sont pas forcément virulentes et peuvent revêtir l'apparence de « normalité »³⁵. La violence se manifeste ainsi de manière insidieuse³⁶. De même, le fait que la victime trouve après coup des excuses à l'auteur du harcèlement ne suffit pas pour nier l'existence d'un mobbing³⁷.

Selon une formulation courante du Tribunal fédéral : « la victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut

²⁵ TF 4A_159/2016 du 1^{er} décembre 2016, c. 3.2 et 4.2 ; le comportement constituait, en réalité, une atteinte à la personnalité et non, à lui seul, un mobbing. A noter que cette atteinte isolée ne justifiait pas l'allocation d'un tort moral.

²⁶ TF 8C_590/2020 du 8 juillet 2021, c. 5 ; TF 4A_714/2014 du 22 mai 2015, c. 2.3.2 ; TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, faits, partie C.

²⁷ TF 8C_590/2020 du 8 juillet 2021, c. 5.

²⁸ TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 3.2.

²⁹ TF 8C_590/2020 du 8 juillet 2021, c. 8. ; TF 2C.2/2000 du 4 avril 2003, faits, partie C.

³⁰ TF 8C_446/2010 du 25 janvier 2011, c. 4.2.3 ; le mobbing n'a toutefois pas été retenu.

³¹ TF 8C_787/2015 du 4 novembre 2016, c. 3.2.4 ; le mobbing n'a toutefois pas été retenu.

³² *Ibid.*

³³ TF 4C.74/2007 du 22 janvier 2008, c. 5.1.

³⁴ TF 4A_381/2014 du 3 février 2015, c. 5.2 ; le mobbing n'a toutefois pas été retenu.

³⁵ WAEBER, p. 795.

³⁶ HIRIGOYEN, p. 68.

³⁷ TF 8C_41/2017 du 21 décembre 2017, c. 3.6.2.

éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée »³⁸. Ainsi, la nature des comportements hostiles peut osciller entre de simples incivilités et des atteintes à la personnalité qualifiées³⁹.

Par ailleurs, la jurisprudence soustrait de la qualification de mobbing, d'une part, les cas de conflit avec des torts partagés et, d'autre part, les cas de prestations insuffisantes. Si le mobbing est un conflit au travail, l'inverse n'est pas vrai : tout conflit dans les rapports de travail ne constitue pas nécessairement un harcèlement psychologique⁴⁰. De même, les invitations – même de façon pressante, répétées, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer aux obligations résultant du rapport de travail ne sont pas constitutives de mobbing⁴¹. Tel peut être le cas, lorsque les prestations sont insuffisantes⁴² ou en cas de manquements répétés⁴³. Enfin, comme le résume notre Haute Cour, le fait de ne pouvoir gérer un conflit de manière optimale n'équivaut pas à du mobbing⁴⁴.

b) En télétravail

A titre liminaire, nous relevons que le fait même d'imposer le télétravail, sans raison, à une personne déterminée, alors que le reste de l'équipe n'est pas soumis à une telle demande, peut être perçu comme un acte hostile en tant que tel, visant à isoler une personne.

Cela dit, le contexte du télétravail ajoute une dimension supplémentaire : la reconfiguration des rapports organisationnels et sociaux et notamment l'utilisation accrue

³⁸ TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.2.

³⁹ CARRON, p. 117.

⁴⁰ TF 2P.39/2004 du 13 juillet 2004, c. 4.2. Cf. DUNAND, Harcèlement, pp. 23 ss ; WYLER/HEINZER, pp. 448 ss. Pour des exemples de « torts partagés », voir TF 4A_439/2016 du 5 décembre 2016, c. 5.3 ; TF 8C_787/2015 du 4 novembre 2016, c. 3.2.3 et 3.2.4 ; TF 4A_381/2014 du 3 février 2015, c. 5.2 ; TF 4A_32/2010 du 17 mai 2010, c. 3.3.1 à 3.3.3 ; TF 1C_156/2007 du 30 août 2007, c. 4.3 ; TF 4C.414/2005 du 29 mars 2006, c. 3.1.

⁴¹ TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.2.

⁴² TF 8C_279/2016 du 22 février 2017, c. 5.2 et 5.3.

⁴³ TF 4A_439/2016 du 5 décembre 2016, c. 3.2 (manquements répétés dans l'exécution des tâches confiées, *in casu* : manque d'assimilation et de mémorisation des consignes, manque de rigueur, de contrôle, d'assiduité, incapacité à gérer les priorités, lacunes informatique, lenteur dans l'accomplissement du travail, réitération des mêmes erreurs, manque d'autonomie).

⁴⁴ Cf. TF 1C_156/2007 du 30 août 2007, c. 4.2.

des TIC génère de nouveaux types de comportements qu'il nous paraît nécessaire d'identifier⁴⁵.

A ce sujet, la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 190 concernant l'élimination de la violence et du harcèlement dans le monde du travail, précurseuse, prévoit expressément cette hypothèse dans sa définition du harcèlement, puisqu'elle mentionne les actes « en lien avec ou du fait du travail dans le cadre de communications liées au travail, y compris celles effectuées **au moyen de technologies de l'information et de la communication**⁴⁶ » (art. 3 let. d).

Comme nous l'avons vu, lorsque le harcèlement est exercé par le biais des canaux numériques, il convient de parler de « cyberharcèlement »⁴⁷. On peut considérer que les comportements listés, ci-après, non exhaustivement, sont susceptibles d'être qualifiés d'hostiles, en tant que leur finalité rejoint celle des agissements décrits par Leymann en 1996⁴⁸.

Agissements visant à isoler la victime

- Exclusion de listes de distribution d'emails⁴⁹;
- Exclusion de certaines réunions virtuelles ;
- Absence systématique de réponse aux emails, SMS ou appels (*ghosting*)⁵⁰ ;
- Menacer la victime (anonymement ou non) par le biais d'emails, de SMS ou des réseaux sociaux⁵¹ ;

Agissements visant à déconsidérer la victime

- Envoi d'emails dénigrant le travail réalisé ou dévalorisant une personne en invoquant des motifs personnels, par le vocabulaire utilisé mais également par le format du message (p. ex. l'usage des majuscules, du gras ou de la ponctuation)⁵² ;
- Transfert d'emails au contenu sensible à des tiers ;

⁴⁵ DUNAND, *Internet*, pp. 52 s.

⁴⁶ Nous mettons en exergue.

⁴⁷ DE STEFANO et al., p. 7 ; DUNAND, *Mobbing et télétravail*, p. 566 ; WENK, p. 89.

⁴⁸ Un courant souligne la nécessité de compléter la classification initialement proposée en 1996. Cf. DUPRÉ, pp. 174 s., qui cite notamment MACHADO et les travaux en cours.

⁴⁹ DUPRÉ, p. 176 ; FORSELL, p. 457.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ DUPRÉ, p. 176.

⁵² DUPRÉ, p. 175 ; FORSELL, p. 457 ; Cf. TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 3.2.

- Envoi d’emails en usant de manière intempestive ou non justifiée de la fonction « copie » ou « copie cachée »⁵³ ;
- Modification du contenu d’emails avant de le transférer à des tiers visant à modifier l’interprétation de futurs lecteurs (p. ex. avec la suppression de l’un des emails d’une chaîne)⁵⁴ ;
- Envoi ou partage de photos ou vidéos inconvenantes⁵⁵ ;
- Piratage de données (p. ex. en se connectant sur le compte d’un ou d’une collègue)⁵⁶ ;
- Révélation de certains détails de la vie privée d’une victime (*Outing*)⁵⁷ ;
- Exposition ou attaque de la victime sur les réseaux sociaux⁵⁸.

Agissements visant à discréditer la victime dans son travail

- Supervision excessive (*cyber stalking*) : celui-ci se manifeste par un contrôle accru du rendement, de la qualité du travail, notamment par l’envoi incessant d’emails ou de nombreux appels téléphoniques ; dans ce contexte, toute baisse de la productivité, tout temps mort ou retard sont dénoncés et sanctionnés⁵⁹ ;
- Rétention d’information, refus injustifié d’envoyer des fichiers nécessaires à l’exécution du travail⁶⁰ ;
- Envoi de virus informatiques, paralysant ainsi l’accomplissement du travail⁶¹.

Par ailleurs, la distance physique induite par le télétravail génère de nouvelles « géographies sociales »⁶² s’agissant des interactions informelles entre collègues. Ces dernières – quoique souvent ignorées dans l’acception commune de la notion de travail, laquelle met l’emphase sur la productivité – sont cependant inhérentes et nécessaires aux rapports de travail. Il a été démontré que le basculement vers des relations virtuelles généralisées peut s’avérer particulièrement clivant, notamment envers les personnes moins insérées dans l’entreprise (p. ex. celles récemment embauchées)⁶³. En effet, dans cette configuration, le contact informel, et notamment les dynamiques de groupe, sont souvent

⁵³ DUPRÉ, *ibid.*

⁵⁴ DUPRÉ, *ibid.* ; FORSELL, *ibid.*

⁵⁵ FORSELL, *ibid.*

⁵⁶ VRANJES et al., cité in : DUPRÉ, p. 176 ; FORSELL, *ibid.*

⁵⁷ FORSELL, *ibid.*

⁵⁸ FORSELL, *ibid.*

⁵⁹ PIOTROWSKI et FISCHER, cité in : DUPRÉ, p. 175.

⁶⁰ DE STEFANO et al., p. 12 ; DUPRÉ, p. 176.

⁶¹ FORSELL, p. 457.

⁶² HATZFELD, 2002, cité in : CIHUELO/PIOTROWSKI, p. 54.

⁶³ CIHUELO/PIOTROWSKI, p. 56.

organisées à l'initiative unilatérale d'une personne salariée, celle-ci pouvant choisir le cercle des personnes avec qui elle souhaite échanger ou non.

Nous identifions ici un point de vigilance particulier s'agissant du critère d'isolement, peu importe que les échanges aient lieu par le biais d'outils mis à disposition par l'entreprise (p. ex. chat interne) ou non (Whatsapp, Facebook)⁶⁴. Suivant les propos le *modus operandi* et la nature des propos échangés, la création de tels groupes pourrait aussi être qualifiée d'acte hostile.

2. Durée et fréquence des comportements hostiles

a) En général

Si le mobbing peut parfois résulter d'un processus sournois, notamment lorsque les propos et agissements hostiles se manifestent sous une apparence de « normalité », le caractère répétitif et l'enchaînement des actes ou propos permet de le caractériser⁶⁵.

LEYMANN considérait que de tels actes devaient se répéter plusieurs fois par semaine pendant environ six mois pour que le mobbing soit objectivement constatable⁶⁶. Ces critères sont certainement trop restrictifs pour qu'ils puissent être considérés comme impératifs. Ils expriment toutefois une condition nécessaire pour que l'on puisse reconnaître l'existence d'un harcèlement psychologique : la présence d'actes hostiles répétés de manière fréquente et durable⁶⁷.

Selon le Tribunal fédéral, « le mobbing ne saurait résulter d'un seul acte hostile ou de quelques comportements isolés, même si ces derniers causent un préjudice ou constituent une véritable atteinte à la personnalité du travailleur. Ainsi, il n'est pas arbitraire de considérer qu'un seul acte hostile, ni même deux, ne suffisent pas à former un tel enchaînement, partant un harcèlement psychologique »⁶⁸.

A défaut de référentiel temporel précis, on pourrait considérer, à l'instar de la Commission de recours du Tribunal fédéral, que plus la période durant laquelle l'employé se plaint de harcèlement est courte, plus les actes allégués doivent être graves⁶⁹. En tous les cas, si les

⁶⁴ Nous relevons à ce sujet l'arrêt de la CJ/GE, ATA/114/2021 du 2 février 2021, qui concerne un cas de transfert d'un fonctionnaire suite à des échanges de groupe sur WhatsApp et à l'envoi d'un email inopiné à l'ensemble des destinataires par la fonction « répondre à tous ».

⁶⁵ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 9 *ad art.* 320 CO ; DEVEAUD-PLÉDRAN, p. 21.

⁶⁶ LEYMANN, p. 22.

⁶⁷ DUNAND, Mobbing et télétravail, p. 562 ; DUNAND, Commentaire, N 34 *ad art.* 328 CO.

⁶⁸ TF 8C_358/2009 du 8 mars 2010, c. 5.3 ; TF 2P.207/2002 du 20 juin 2003, c. 4.3.2.

⁶⁹ Jugement de la Commission de recours du TF du 5 octobre 2005, c. 4.4.2, *in* : JAAC 70.4 p. 92. ; DUNAND, Mobbing et télétravail, *ibid.*

actes répréhensibles se sont déroulés sur une période assez brève (par exemple quelques semaines), il ne sera pas aisé pour la victime de démontrer qu'elle a fait l'objet d'un enchaînement de comportements hostiles caractéristiques du mobbing⁷⁰.

b) En télétravail

Lorsque l'on se trouve en présence de cyberharcèlement, le critère de répétition peut être plus difficile à déterminer. Il s'agit là d'une principale différence entre le harcèlement « traditionnel » et le cyberharcèlement⁷¹.

En effet, l'usage des TIC décuple le potentiel de nuisance d'un acte isolé, celui-ci pouvant se reproduire à de nombreuses reprises, indépendamment de la volonté initiale de l'auteur. Par exemple, tel est le cas, d'une rumeur ou d'une photo diffusée à un cercle de personnes et retransmise par la suite. L'atteinte à la personnalité est d'autant plus aiguë qu'il n'est pratiquement plus possible de contrôler le cercle des personnes qui ont accès ou ont accédé au contenu hostile envers la victime⁷².

A ce sujet, dans la littérature en sciences sociales, nous relevons les travaux de C. LANGOS qui distingue deux formes de cyberharcèlement :

- le cyberharcèlement direct : qui « implique qu'un auteur adresse de manière répétée des communications électroniques indésirables à une victime » ;
- le cyberharcèlement indirect : qui « implique d'adresser une ou plusieurs communications électroniques indésirables au sujet de la victime » en utilisant « des zones relativement publiques du cyberspace ». La notion de cyberspace est comprise largement. Elle inclut, internet et les réseaux sociaux, mais aussi les communications électroniques adressées à la victime qui ont été copiées et transférées à des tiers⁷³.

Selon LANGOS, en cas de « cyberharcèlement direct », le critère de la répétition demeure inchangé. A l'inverse, en cas de « cyberharcèlement indirect » ce critère serait rempli du fait même de la publication. Ceci, peu importe le nombre de vues puisque le contrôle devient alors impossible.

Sans aller jusqu'à cette extrémité, plusieurs auteurs estiment qu'un événement unique peut, sur la base de son impact, être parfois considéré comme du harcèlement, pour autant que ses conséquences se répètent régulièrement sur une longue période⁷⁴.

⁷⁰ DUNAND, *ibid.*

⁷¹ DE STEFANO et al., p. 10.

⁷² PORTMANN/WILDHABER, N 421a ; WILDHABER/HÄNSENBERGER, p. 320.

⁷³ LANGOS, p. 286 s, cité *in* : DE STEFANO et al., p. 10.

⁷⁴ ADAM, p. 5 (rétrogradation brusque et vexatoire) ; DEVEAUD-PLEDRAN, p. 26 (rumeur) ; WENNUBST, pp. 81 et 90 s. ; en sciences sociales : auteurs cités, *in* : DE STEFANO et al., p. 8.

Cette conception se distancie ainsi de celle initialement proposée par LEYMANN, qui a inspiré le Tribunal fédéral. A notre connaissance, notre Haute Cour n'a pas encore eu l'occasion de traiter d'un comportement hostile unique dont le contenu est propagé à une large échelle. Nous entrevoyons ici une nouvelle perspective de la définition du mobbing que les tribunaux seront peut-être amenés à juger dans les prochaines années.

3. Le ou les auteur(s) du harcèlement

a) En général

Au sens littéral, le mobbing est un mode de harcèlement déployé par un groupe contre un individu (*to mob* = faire foule autour de). Il est toutefois admis qu'il peut aussi se décliner sous une forme dite individuelle : une seule personne peut en harceler une autre ou encore, plusieurs personnes⁷⁵.

Dans la majorité des cas, l'auteur du mobbing est un supérieur ou un collègue de travail⁷⁶. On parle de « mobbing horizontal » lorsqu'il a lieu entre collègues de travail de même niveau hiérarchique et de « mobbing vertical » lorsqu'il se manifeste entre personnes ayant un niveau hiérarchique différent. Dans ce dernier cas, le mobbing est dit « descendant » quand le harceleur est un supérieur de la victime (forme de harcèlement appelée également « bossing ») et « ascendant » lorsqu'il lui est subordonné⁷⁷.

Le mobbing se caractérise par un rapport de force inégal (asymétrique) entre les protagonistes⁷⁸. Dans le mobbing vertical descendant, ce rapport se manifeste par le lien hiérarchique. Dans les autres cas, il peut être induit par un lien fonctionnel (p. ex. lié à des compétences ou connaissances que détiendrait une personne), mais également par le déséquilibre des forces en présence dans les rapports entre groupe et individu (« bullying »), des relations de pouvoirs, d'influence, ou des emprises affectives⁷⁹. Dans les faits, cette dimension est cependant peu discutée par la jurisprudence. Elle mériterait, selon nous, d'être mise en exergue dans certains cas.

Le cercle des personnes dont l'employeur est juridiquement responsable détermine celui des auteurs potentiels d'un harcèlement psychologique dans les rapports de travail. Nous rappellerons que l'employeur répond de ses propres actes, ainsi que de ceux de ses organes

⁷⁵ CARRON, p. 119 ; DUNAND, Commentaire, N 33 et 88 *ad* art. 328 CO ; WENNUST, p. 73.

⁷⁶ Selon une étude réalisée en 2001-2002 à la demande du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), le harceleur était le supérieur hiérarchique dans plus de 50 % des cas, les collègues ne représentant que 16 % et les subordonnés 13 % des cas de harcèlement, SECO, Mobbing, p. 23.

⁷⁷ Sur les divers cas et la terminologie consacrée, cf. DEVEAUD-PLÉDRAN, p. 24 et WENNUST, pp. 12 ss.

⁷⁸ DE STEFANO et al., p. 14 ; HIRIGOYEN, pp. 72 ss.

⁷⁹ *Ibid.*

(cf. art. 55 CC) et de ses auxiliaires (cf. art. 55 et 101 CO)⁸⁰. Selon le Tribunal fédéral, l'employeur peut devoir répondre d'atteintes à la personnalité commises par des auxiliaires, soit en particulier par des supérieurs hiérarchiques ou des personnes responsables du personnel⁸¹. Plus généralement, l'employeur qui n'empêche pas qu'un employé subisse un harcèlement psychologique contrevient à l'art. 328 CO⁸².

b) En télétravail

L'usage accru du numérique génère de nouvelles formes d'ascendance. Par exemple, une personne rompue à l'utilisation des TIC peut profiter de cet avantage pour déstabiliser une personne moins expérimentée, submergeant celle-ci de requêtes non réalisables.

Il a été également relevé que, dans certaines configurations, la déstabilisation peut être ressentie par une personne eu égard à l'ambivalence des interactions avec l'auteur, en fonction du type de communication utilisé. Tel est l'exemple d'une personne courtoise et neutre en présentiel qui peut se révéler violente lors des échanges numériques et vice versa⁸³.

Enfin, nous relevons que la distance physique générée par le télétravail implique souvent une distanciation sociale, déshumanisant parfois les rapports de travail. Ainsi, il a été démontré que le recours aux technologies peut induire une « déconnexion émotionnelle accrue entre les agresseurs et leurs victimes, dans la mesure où ils ne sont pas directement confrontés aux réactions et aux émotions de ces dernières ». Certains auteurs parlent, à cet effet, de « désinhibition en ligne »⁸⁴.

4. Finalité du mobbing

a) En général

Il résulte de la définition jurisprudentielle du harcèlement psychologique que l'auteur ou les auteurs d'un mobbing cherchent en principe à isoler, à marginaliser ou à exclure une personne sur son lieu de travail. Ainsi, les agissements hostiles constituent une

⁸⁰ Cf. WYLER/HEINZER, pp. 453 ss.

⁸¹ DUNAND, Mobbing et télétravail, p. 563 ; TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020, c. 4.3.1.

⁸² TF 4A_439/2016, c. 5.2.

⁸³ DUPRÉ, p. 180.

⁸⁴ DE STEFANO et al., pp. 10 s. ; FORSELL, p. 455.

déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la victime⁸⁵.

Comme nous l'avons vu, il n'y a toutefois pas de harcèlement psychologique du seul fait qu'il règne une mauvaise ambiance de travail. La qualification de mobbing sera niée s'il n'existe pas d'attitude hostile spécifiquement dirigée contre une personne dans l'intention de l'isoler⁸⁶. Ainsi, en général, la notion d'isolement ne sera pas retenue si l'auteur adopte un comportement général hostile, diffus, à l'encontre de plusieurs personnes. Tel a été le cas de supérieurs hiérarchiques soit, pour l'un, exigeant et autoritaire⁸⁷, soit, pour l'autre, assénant des remarques désagréables aux personnes qui lui étaient subordonnées⁸⁸.

De la même manière, un climat de travail tendu souvent inhérent aux changements organisationnels, telles une restructuration ou fusion, peut parfois être pris en compte pour expliquer des comportements ponctuellement critiquables⁸⁹.

A ce sujet, nous soulignons toutefois que les études récentes en sciences sociales ont clairement établi qu'un leadership toxique et un manque de stratégies organisationnelles efficaces facilitent la survenance du mobbing au travail⁹⁰. Nous considérons que, dans de tels contextes, un examen minutieux des faits doit être effectué.

Par ailleurs, si la volonté d'exclusion de la victime du lieu de travail est souvent présente, celle-ci n'est pas déterminante. On doit en effet admettre qu'un harcèlement psychologique puisse exister sans une volonté consciente d'exclure définitivement la victime de son lieu de travail⁹¹. Comme l'a reconnu le Tribunal fédéral dans une jurisprudence rendue en 2017 :

« Le seul fait que l'auteur présumé n'a pas fait montre d'un caractère sournois dans son comportement ne permet pas de conclure à l'absence de harcèlement. Il n'est pas exigé que l'auteur présumé agisse de manière dissimulée ou fasse preuve d'hypocrisie. [...].

⁸⁵ TF 2A.770/2006 du 26 avril 2007 ; TF 4A_310/2019 du 10 juin 2019, c. 4.1.1 et la jurisprudence citée ; TF 4C.343/2003 du 13 octobre 2004, c. 3.1 ; DUNAND, *Mobbing et télétravail*, p. 564 ; HIRIGOYEN, pp. 79 ss.

⁸⁶ TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020, c. 4.3.3 ; TF 4A_680/2012 du 7 mars 2013, c. 5.5 ; TF 2A.770/2006 du 26 avril 2007, c. 5.1.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 3.3. Voir aussi TF 4A_714/2014 du 22 mai 2015, c. 2.3.2 ; cela n'exclut pourtant pas la possibilité d'atteinte à la personnalité.

⁸⁹ Cf. TF 4A_680/2012 du 7 mars 2013, c. 5.5 ; TF 8C_398/2016 du 17 mai 2017, c. 4.1.3.

⁹⁰ DE STEFANO et al., p. 22 ; DUPRÉ, p. 174 ; MEIER-GUBSER, p. 109.

⁹¹ CARRON, p. 116 ; CARRUZZO, N 7 ad art. 328 CO ; DUNAND, *Harcèlement*, p. 23.

D'ailleurs, plus que l'intention subjective du harceleur, c'est finalement l'effet de ses agissements sur la personnalité et la santé de la victime qui est déterminant »⁹².

Il est démontré que le harcèlement a souvent des conséquences graves pour la santé physique et psychique des victimes⁹³. Il provoque non seulement une réduction significative, puis un anéantissement de la capacité de travail, mais aussi des souffrances importantes qui entraînent des problèmes médicaux, sociaux et familiaux, pouvant amener à la dépression, aux idées suicidaires, aux toxicodépendances et à l'invalidité⁹⁴.

Nous relevons enfin que le seuil de tolérance semble s'apprécier de manière plus élevée pour les fonctions de cadres dont l'exercice des missions confiées génère, par nature, des tensions et un stress plus importants⁹⁵.

b) En télétravail

A notre sens, la finalité d'isolement peut également s'exercer en cas de télétravail. Certes, le télétravailleur est nécessairement déjà isolé puisqu'il effectue sa prestation de travail en dehors des locaux de l'entreprise, le plus souvent à son domicile privé. Cette situation n'est toutefois pas incompatible avec la possibilité d'écarter plus complètement le télétravailleur de son cercle de travail⁹⁶.

En effet, la notion d'isolement ne doit pas être restreinte à un seul isolement physique. Il s'agit plutôt d'un ostracisme ou d'une exclusion sociale qui peut conduire, dans les cas les plus graves, à une rupture d'activité sous forme d'incapacité de travail ou de démission, voire de licenciement.

Une affaire du Tribunal fédéral illustre ce propos. Notre Haute Cour a jugé un cas de mobbing sur un employé en incapacité de travail, victime d'innombrables courriers et appels téléphoniques de la part de son employeur. Dans son recours, l'employeur avait plaidé que l'employé ne pouvait être exclu du monde du travail car ce dernier n'y était *de facto* plus en raison de sa maladie. En se basant notamment sur le fait que les parties étaient toujours contractuellement liées, le Tribunal fédéral a admis le mobbing⁹⁷. Nous en déduisons ainsi que le critère d'isolement n'est lié ni à l'éloignement physique ni à l'exercice effectif de l'activité.

⁹² TF 8C_41/2017 du 21 décembre 2017, c. 3.6.2.

⁹³ BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB, N 9 *ad* art. 328 CO.

⁹⁴ CARRON, p. 121.

⁹⁵ Cf. TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020, c. 4.3.7 ; TF 4A_680/2012 du 7 mars 2013, c. 5.5.

⁹⁶ DUNAND, *Mobbing et télétravail*, p. 567.

⁹⁷ TF 4C.74/2007 du 22 janvier 2008, c. 5.2.

III. Les enjeux liés à la preuve

Dans la plupart des procédures en justice, l'employé victime d'un mobbing agit contre son employeur pour lui réclamer des dommages-intérêts et une réparation morale. La doctrine et la jurisprudence relevant, de manière générale, la difficulté à prouver les faits constitutifs du harcèlement psychologique, nous présenterons ici les principaux écueils et subtilités auxquels les parties peuvent être confrontées, en pratique.

Après avoir déterminé les faits, objets de la preuve (**section A**), nous analyserons le mécanisme de la preuve (**section B**). Nous passerons ensuite en revue les différents moyens de preuve fréquemment rencontrés dans les cas de harcèlement psychologique classique et les mettrons en regard avec le cyberharcèlement (**section C**).

A. Objet de la preuve : les faits allégués par les parties

La preuve a pour objet les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC)⁹⁸. Conformément au principe général contenu à l'article 8 CC, la partie invoquant avoir été la cible de mobbing doit prouver les faits y-relatifs.

On peut se demander si la notion même de mobbing est un fait ou une qualification juridique. Si, *prima facie*, cette question semble purement théorique, il nous paraît, qu'en pratique, cette distinction peut revêtir une importance particulière s'agissant notamment du fardeau de l'allégation et du pouvoir de cognition des instances amenées à trancher un cas. En effet, le devoir d'allégation sera plus ou moins étendu et circonscrit par le principe de *iura novit curia* prévu à l'article 57 CPC. Ce principe signifie que, dans le cadre des conclusions prises par les parties, le juge est libre d'appliquer le droit, en s'écartant ainsi de l'analyse juridique et des arguments des parties. Il n'est pas lié par les causes juridiques invoquées à l'appui des conclusions. S'il s'agit d'une argumentation juridique imprévisible, il doit cependant respecter le droit d'être entendu⁹⁹.

Tout en reconnaissant « qu'en pratique, il est malaisé de tracer une frontière précise entre fait et droit »¹⁰⁰ dans l'examen d'un contexte de mobbing, le Tribunal fédéral retient que l'établissement des « comportements adoptés par l'auteur du mobbing allégué, ses intentions et mobiles, le contexte de travail, la personnalité de l'employé victime ou encore son état de santé, ressortit au fait ». En revanche, « déterminer si les faits retenus

⁹⁸ BOHNET, N 1316 ss.

⁹⁹ HALDY, N 3 *ad* art. 57 CPC.

¹⁰⁰ TF 4A_714/2014 du 22 mai 2015, c. 2.3.2.

permettent de retenir une atteinte à la personnalité justifiant l'octroi d'une réparation morale procède de l'application du droit »¹⁰¹.

Nous déduisons de ce qui précède qu'une partie n'a pas besoin d'alléguer formellement le mobbing, même si celle-ci serait bien avisée de le faire pour éclairer le juge et expliciter le raisonnement proposé. Ainsi, la qualification juridique donnée par une partie à certains comportements ne lie, selon nous, pas le juge. Par hypothèse, si le mobbing est exclu, le juge pourrait retenir que les comportements en question sont constitutifs d'une ou de plusieurs autres formes d'atteintes illicites à la personnalité¹⁰².

Par exemple, tel a été le cas d'un dentiste adoptant un comportement exigeant et irascible, voire « infernal » à l'encontre de plusieurs de ses collaboratrices, qui ne cherchait pas nécessairement à isoler et exclure une employée en particulier. Dans ce cas, le comportement pris dans sa globalité ne remplissait pas les conditions du mobbing mais portait atteinte à la personnalité de l'employée¹⁰³.

B. Mécanisme de la preuve

Après avoir examiné les faits objets de la preuve dans des cas de mobbing, nous examinerons ici le mécanisme de la preuve.

Il convient de distinguer premièrement deux notions : le mode de preuve, soit la manière de rapporter la preuve d'un fait, d'une part, et le degré de preuve nécessaire pour emporter force de conviction (certitude ou vraisemblance¹⁰⁴), d'autre part. Ces deux notions sont parfois connexes puisqu'elles constituent toutes deux des mécanismes juridiques permettant d'abaisser le niveau de la preuve¹⁰⁵. Elles demeurent néanmoins indépendantes l'une de l'autre¹⁰⁶.

De façon générale, en cas de litige, les faits allégués peuvent être prouvés de deux manières : soit par des preuves dites directes (lorsque les faits peuvent être établis

¹⁰¹ TF 8C_590/2020 du 8 juillet 2021, c. 4.2. ; TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020, c. 4.1.2. Voir aussi TF 4A_652/2018 du 21 mai 2019, c. 3.

¹⁰² Cf. DUNAND, *Mobbing et télétravail*, p. 560 ; TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020, c. 4.3.7 ; TF 4D_72/2017 du 19 mars 2018, c. 8.3.

¹⁰³ TF 4D_72/2017 du 19 mars 2018, c. 8.3.

¹⁰⁴ HOHL, N 1644.

¹⁰⁵ DONZALLAZ, N 3848.

¹⁰⁶ HOHL, *ibid.*

directement par les moyens de preuve administrés), soit, à l'inverse, par des preuves dites indirectes (appelées également preuves par indices)¹⁰⁷.

Dans le cas du mobbing, il s'agira, le plus souvent, de preuves indirectes. En effet, selon une formulation consacrée par le Tribunal fédéral et reprise par la jurisprudence cantonale et la doctrine, « il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents mais aussi garder à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire, sinon même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures pourtant justifiées »¹⁰⁸.

Cela signifie que les juges se baseront sur un faisceau d'indices (*Kette von Indizien*)¹⁰⁹, tels que les actes hostiles et leur caractère répétitif dans la durée, qui, sans être par eux-mêmes générateurs de droit, sont néanmoins de nature à permettre de conclure à l'existence du mobbing qui constitue, rappelons-le, une forme grave d'atteinte à la personnalité, prohibée par l'article 328 CO.

Si une partie réussit à rapporter ce faisceau d'indices, les juges présumeront, en fait, l'existence du mobbing. En cela, on peut considérer que la preuve est allégée ou facilitée¹¹⁰, sans que le fardeau de la preuve ne soit renversé pour autant.

Bien entendu, cette présomption est réfragable et la partie adverse peut apporter la contre-preuve tant sur les indices apportés, notamment en fournissant des justifications sur les remarques et mesures considérées comme hostiles (p. ex. les prestations insatisfaisantes, un conflit avec des torts partagés, les besoins d'un service, que sur le contexte plus général et la finalité d'isolement).

Quant au degré de preuve, il s'agit de la mesure dans laquelle le juge doit être convaincu de la vérité d'une allégation¹¹¹. On distingue la certitude¹¹², la vraisemblance prépondérante¹¹³ et la simple vraisemblance¹¹⁴. S'il convient en principe de rapporter la preuve stricte d'un allégué, la certitude absolue n'est pas requise ; de légers doutes peuvent

¹⁰⁷ HOHL, N 1643 ss.

¹⁰⁸ TF 8C_41/2017 du 21 décembre 2017, c. 3.5 et les références citées, notamment.

¹⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 et 17 *ad* art. 328 CO ; ULRICH, p. 224. Sur la notion de faisceau d'indices, voir HOHL, N 1649 ss.

¹¹⁰ DIETSCHY, N 688 ; DONZALLAZ, N 3847 ; DUNAND, Commentaire, N 38 *ad* art. 328 CO ; STREIFF VON KAENEL/RUDOLPH, N 17 *ad* art. 328 CO.

¹¹¹ BOHNET, N 1424.

¹¹² Cf. ATF 141 III 569, c. 2.2.1 ; ATF 130 III 321, c. 3.2.

¹¹³ Cf. ATF 133 III 81, c. 4.2.2.

¹¹⁴ Cf. ATF 132 III 140, c. 4.1.2 ; ATF 130 III 321, c. 3.3.

subsister¹¹⁵. Une réduction du degré de preuve, notamment à la vraisemblance prépondérante, présuppose qu'une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut pas être exigée en raison de la nature de l'affaire¹¹⁶. L'abaissement du degré de preuve ne conduit pas à un renversement du fardeau de la preuve. En effet, la partie chargée de la preuve doit alléguer et prouver, dans la mesure du possible et du raisonnable, toutes les circonstances qui plaident en faveur de la réalisation des faits allégués¹¹⁷. En matière de harcèlement psychologique, une preuve stricte sera dans la plupart des cas extrêmement difficile à apporter. Dès lors, il nous semble que le juge devrait pouvoir le plus souvent se satisfaire d'une vraisemblance prépondérante¹¹⁸. Une telle conclusion a, par exemple, été expressément admise par notre Haute Cour dans le cas de la discrimination à l'embauche¹¹⁹.

Enfin, il convient de relever que l'existence d'un mobbing sera admise ou rejetée sur la base d'une appréciation globale des circonstances. Le Tribunal fédéral concède une large marge d'appréciation aux juges cantonaux appelés à déterminer, sur la base des circonstances d'espèce, si les indices réunis permettent ou non de retenir un tel mobbing¹²⁰.

C. Moyens de preuve

1. En général

En pratique, la preuve des éléments constitutifs du mobbing sera apportée, le plus souvent, par, des témoignages (a), des titres (b) ou, dans certains cas, une expertise (c), voire l'interrogatoire des parties (art. 168 al. 1 CPC). Ce dernier aspect n'apportant pas de remarque particulière, nous ne le développerons pas.

a) Témoins

Compte tenu du caractère sournois et insidieux que peut revêtir le mobbing, les témoignages dits directs seront rares, puisque les échanges ont souvent lieu, dans l'intimité, à l'abri des regards¹²¹. De plus, compte tenu de la banalité et l'insignifiance

¹¹⁵ ATF 130 III 321, c. 3.2; TF 4A_254/2021 du 21 décembre 2021, c. 4.1.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ TF 4A_254/2021 du 21 décembre 2021, c. 4.1 ; TF 4A_388/2011 du 14 décembre 2011, c. 2.1.

¹¹⁸ DIETSCHY, N 692 (harcèlement sexuel) ; DUNAND, N 38 et 49 *ad art.* 328 CO ; LEMPEN, Commentaire, N 30 *ad art.* 328 CO.

¹¹⁹ Cf. TF 8C_821/2016 du 26 janvier 2018, c. 3.3.

¹²⁰ TF 8C_107/2018 précité, c. 5 ; TF 4A_32/2010 du 17 mai 2010, c. 3.3.4 ; TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 4.3.3.

¹²¹ DIETSCHY, pp. 328 s.

supposée de certains actes, les témoins interrogés peuvent être enclins à soustraire certains faits de leur souvenir. Aussi, comme dans tout litige de droit du travail, mais particulièrement, selon nous, en matière d'atteinte à la personnalité qui fait appel à des ressentis et interprétations personnelles, les témoins travaillant encore auprès de l'employeur pourraient hésiter à témoigner de manière franche et déterminée¹²². Dans un arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, le témoignage d'un restaurateur a été considéré comme « décisif ». En effet, travaillant dans un établissement où le personnel d'une entreprise se rendait quotidiennement, ce dernier avait pu constater, sur une certaine durée, l'isolement progressif d'une collaboratrice¹²³.

Même si, *prima facie*, ils semblent contrevenir à l'article 169 CPC, les témoignages indirects peuvent être admis au procès, afin de ne pas rendre la preuve impossible¹²⁴. En effet, le témoignage d'une personne qui peut attester des déclarations d'une partie ou d'un tiers peut être utile pour établir la chronologie des faits ou l'état psychologique d'une personne¹²⁵. En matière de mobbing, il pourra s'agir de témoins auxquels la victime s'est confiée, comme des collègues¹²⁶, des proches, ou un médecin de famille¹²⁷.

La crédibilité des témoignages directs ou indirects sera appréciée selon le principe de la libre appréciation des preuves (art. 157 CPC)¹²⁸, de sorte qu'il est ardu d'extraire de la jurisprudence des règles générales.

Si le juge concèdera une valeur probante plus élevée aux témoignages directs¹²⁹, il conviendra, parfois, d'apprécier les déclarations de certains témoins encore employés avec retenue, en raison du lien de subordination qui les unit à l'employeur, si des indices permettent de douter du témoignage¹³⁰.

De la même manière, les témoignages indirects de proches émotionnellement liés à une partie ne seront retenus que si les indications fournies sont corroborées par d'autres moyens de preuve (notamment des personnes plus « neutres »)¹³¹. Il n'est ainsi pas

¹²² Cf. CARRON p. 123 ; WAEBER p. 795. Voir également, TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 2.2, où il n'a pas été jugé arbitraire de retenir le témoignage d'une supérieure hiérarchique en poste au moment des faits litigieux, au détriment de celui de sa prédécesseure.

¹²³ Arrêt du TC/VD du 6 août 2014, c. 4c, *in* : JAR 2015 579.

¹²⁴ TF 8C_590/2020 du 8 juillet 2021, c. 9.2.

¹²⁵ BOHNET, N 1346.

¹²⁶ TF 8C_590/2020 du 8 juillet 2021, c. 9.2 ; TF 4P.214/2006 du 19 décembre 2006, c. 2.2.

¹²⁷ TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, c. 2.2.4 ; TF 4P.214/2006 du 19 décembre 2006, c. 2.2.

¹²⁸ SCHWEIZER, N 17 s. *ad* art. 157 CPC.

¹²⁹ Cf. TF 4A_245/2009 du 6 avril 2010, c. 2.2.

¹³⁰ DIETSCHY, N 626 et les références jurisprudentielles citées. Voir notamment TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, c. 2.2.1.

¹³¹ DIETSCHY, N 628.

admissible d'écarter « d'emblée » les témoignages d'autres employés ayant été également victimes de comportements hostiles qui éprouvent du ressentiment à l'égard de l'auteur de ceux-ci¹³².

b) Titres

Les titres et notamment certains documents peuvent constituer un moyen de preuve pour démontrer l'existence de comportements hostiles. Par exemple, le mobbing a pu être retenu dans le cas d'un supérieur hiérarchique correspondant avec sa collaboratrice par l'intermédiaire de notes, utilisant des formules autoritaires et maladroites ainsi que des caractères majuscules ou gras¹³³.

Dans d'autres cas, la production d'un dossier médical ou d'un certificat médical¹³⁴, peut servir à prouver une atteinte à la santé, laquelle peut constituer un « indice de harcèlement psychologique »¹³⁵. Il n'est toutefois pas admissible que le médecin se prononce sur la qualification de « mobbing » au sens juridique, de même que sur le rapport de causalité entre l'atteinte et l'état de santé. Ces deux notions ressortent de l'appréciation du juge¹³⁶.

Nous relevons aussi que, souvent, la personne mobbée produira la correspondance écrite – si elle existe – par laquelle elle a porté à connaissance de l'employeur les faits présumés. Ces documents pourront non seulement apporter une preuve s'agissant de la responsabilité de l'employeur, mais également servir de jalon temporel et permettre au juge de déterminer la chronologie des faits et leur contexte, notamment pour apprécier le lien de causalité entre les comportements et une atteinte avérée¹³⁷.

Enfin, le Tribunal fédéral a précisé que le rapport établi par une structure indépendante d'une administration publique chargée de mener des investigations, en l'occurrence le groupe Impact mis en place par l'Etat de Vaud, et les sources sur lesquelles s'appuient les auteurs du rapport constituent des moyens de preuve pertinents dans un litige portant sur

¹³² TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, c. 2.2.2. Voir aussi TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020, c. 4.3.4.

¹³³ TF 4C_343/2003 du 13 octobre 2004, c. 3.2.

¹³⁴ Sur la notion de certificat médical, cf. NOVIER, pp. 75 ss.

¹³⁵ TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020, c. 4.3.6.

¹³⁶ Cf. TF 4A_652/2018 du 21 mai 2019, c. 3 ; TF 4A_714/2014 du 22 mai 2015, c. 2.3.2 ; CARRUZZO, N 11 *ad art.* 328 CO ; DEVEAUD-PLÉDRAN, p. 49 ; NOVIER, pp. 86 et 92 ; SUBILIA-DUC, N 25 et 26 *ad art.* 328 CO. Voir également l'article de DEHARO/POINT, qui souligne les différentes grilles de lecture d'une même situation, au croisement des disciplines managériales, médicales et juridique.

¹³⁷ Cf. TF 8C_279/2016 du 22 février 2017, c. 5.2 *in fine* ; TF 4A_714/2014 du 22 mai 2015, c. 2.3.2 *in fine* ; TF 4A_128/2007 du 9 juillet 2007, c. 3.2.

la résiliation des rapports de travail en raison d'un harcèlement psychologique, notamment quand il s'agit d'en apprécier la gravité et l'intensité¹³⁸.

c) Expertise

L'expertise judiciaire constitue un moyen de preuve admis par le Code de procédure civile (art. 168 al. 1 let. d CPC). Elle permet au tribunal d'être renseigné sur des questions dont la solution exige des connaissances spéciales ou techniques qu'il ne possède pas¹³⁹. En matière de mobbing, effectuée par un médecin-psychiatre, celle-ci peut s'avérer utile pour déterminer l'existence d'une atteinte à la santé et la comptabilité des symptômes avec ceux que l'on retrouve chez les personnes victimes de harcèlement psychologique¹⁴⁰.

Le tribunal apprécie librement la valeur probante de l'expertise, eu égard aux autres preuves administrées et n'est pas lié par son résultat¹⁴¹. En revanche, s'il s'écarte des conclusions résultant de celle-ci, il est tenu de motiver sa décision¹⁴².

En pratique, l'expertise sera ordonnée d'office ou à la demande des parties (art. 183 al. 1 CPC)¹⁴³. Lorsque les litiges de droit du travail soumis à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), le tribunal devrait cependant faire preuve de retenue dans ses prérogatives d'office¹⁴⁴.

Enfin, nous soulignons que l'expertise judiciaire se distingue de l'expertise privée, effectuée sur mandat unilatéral d'une partie. A teneur de la jurisprudence, celle-ci ne constitue pas un titre au sens de l'article 168 al. 1 CPC, mais doit être considérée comme la simple allégation d'une partie¹⁴⁵. Selon certains auteurs, elle devrait toutefois être retenue comme un titre à valeur probante restreinte¹⁴⁶.

¹³⁸ TF 8C_41/2017 du 21 décembre 2017, c. 3.6.3.

¹³⁹ BOHNET, N 1398.

¹⁴⁰ TF 1C_418/2008 du 27 mai 2009, c. 2.2.4. DUNAND, Commentaire, N 39 *ad* art. 328 CO.

¹⁴¹ TF 4A_58/2008 du 28 avril 2008, c. 5.3.

¹⁴² TF 4A_276/2014 et 4A_282/2014 du 25 février 2015 ; DUNAND, *ibid* ; SCHWEIZER, N 19 *ad* art. 157 CPC et la jurisprudence citée. Voir aussi, en droit public, TF 8C_41/2017 du 21 décembre 2017, c. 3.6.3.

¹⁴³ Sur ces questions voir DIETSCHY, N 291 s. et 641 ; GLOOR/MARTI, p. 144 ; NOVIER, p. 128 ; SCHWEIZER, N 5 et 6 *ad* art. 183 CPC.

¹⁴⁴ TF 4A_572/2018 du 30 mars 2020, c. 2.4.

¹⁴⁵ ATF 141 III 433, c. 2.5.3 ; TF 4A_558/2015 du 25 février 2016 c. 4 ; TF 4A_626/2015 du 24 mai 2016, c. 2.5 ; SCHWEIZER, N 4 *ad* art. 177 CPC, p. 812.

¹⁴⁶ SCHWEIZER, *ibid.* ; NOVIER p. 129 et les références doctrinales citées.

2. En télétravail

Nous l'avons vu précédemment, les actes hostiles perpétrés à travers l'usage des TIC peuvent s'avérer potentiellement redoutables en raison de la facilité de transmission de leur contenu à un grand nombre de personnes et de leur persistance numérique. En matière de preuve, cette traçabilité nous paraît, au contraire, pouvoir bénéficier aux intérêts de la victime.

De manière générale, dans les procédures judiciaires, il n'est désormais plus rare de voir la production, de certains emails, échanges SMS¹⁴⁷ ou WhatsApp, pages Facebook ou autre réseau social¹⁴⁸. Ces pièces ont valeur de « titre » au sens de l'article 177 CPC¹⁴⁹. Dans certains cas, pour plus de lisibilité, des retranscriptions libres sont effectuées par les parties.

La force probante de ces documents numériques, de même que des retranscriptions¹⁵⁰, peut toutefois être remise en cause sous différents angles : premièrement, l'authenticité en lien avec l'auteur supposé du document, deuxièmement, leur intégrité, si les données ont été modifiées ultérieurement et, dernièrement leur intégralité, si le document (p. ex. chaîne d'emails ou échanges de SMS) n'est pas produit dans son entier¹⁵¹. Dans un tel cas, une partie pourra se prévaloir l'article 178 CPC, pour contester l'authenticité d'un titre. Si les motifs allégués sont suffisants, la partie adverse sera alors dans l'obligation de prouver l'authenticité du titre remis en cause.

IV. Conclusion

Le harcèlement moral est une « construction intellectuelle (et juridique) plus ou moins complexe »¹⁵². Celle-ci est due, selon nous, à l'absence de définition légale claire et, par voie de conséquence, au large pouvoir d'appréciation conféré au juge, ainsi qu'à l'interdisciplinarité (gestion managériale, psychologique et juridique) que comporte cette notion, en pratique.

¹⁴⁷ Voir TF 5A_951/2020 du 17 février 2021, c. 5.2.

¹⁴⁸ Voir par exemple le cas, en droit public, d'un supérieur hiérarchique déplacé pour avoir utilisé involontairement la fonction « répondre à tous », envoyé des propos attentatoires à l'honneur de l'une de ses subordonnées et alimenté des conversations sur WhatsApp dénigrant celle-ci : Arrêt de la CJ/GE, ATA/114/2021 du 2 février 2021.

¹⁴⁹ BRÄNDLI, p. 697.

¹⁵⁰ Cf. TF 4A_544/2018 du 29 août 2019, c. 5.2.

¹⁵¹ BRÄNDLI, *ibid.* ; SCHWEIZER, N 3 ss *ad art.* 178 CPC, pp. 814 s.

¹⁵² ADAM, p. 3.

L'essor du télétravail et l'utilisation des TIC pourront peut-être permettre de redéfinir certains contours, tels la notion d'acte isolé à effets répétés ou la preuve, et contribuer à faire évoluer la définition jurisprudentielle proposée, pour la première fois, par le Tribunal fédéral en 2002.

Dans l'attente de savoir si la Suisse ratifiera la Convention n°190 OIT, celle-ci et son rapport préparatoire pourront également servir de source d'inspiration majeure pour l'ordre juridique suisse.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- ADAM PATRICE, Pour une nouvelle définition du harcèlement moral au travail, *in* : Droit social, 3/ mars 2020, pp. 1-10.
- BEITZINGER FRANZ/LEEST UWE, [Bündnis gegen Cybermobbing], Mobbing und Cybermobbing bei Erwachsenen, Eine empirische Bestandsaufnahme in Deutschland, Österreich und der deutschsprachigen Schweiz, Karlsruhe 2021.
- BILLARANT JULIEN, Pour une approche nouvelle du rapport de subordination en droit privé suisse du travail, Genève/Zurich/Bâle 2020.
- BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 3^e éd., Bâle 2021.
- BRÄNDLI BEAT, Verfahrens- und Gerichtsorganisationrecht/Digitale Revolution und die einhergehende prozessuale Beweisproblematik *in* : Recht im digitalen Zeitalter, Saint-Gall 2015, pp. 683-702.
- BRUCHEZ CHRISTIAN/MANGOLD PATRICK/SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Commentaire du contrat de travail, 4^e éd., Lausanne 2019.
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), Réunion d'experts sur la violence contre les femmes et les hommes dans le monde du travail, Rapports soumis pour discussion à la Réunion d'experts sur la violence contre les femmes et les hommes dans le monde du travail (3-6 octobre 2016), Genève 2016 (cité : BIT). Ce document peut être consulté sur le site labordoc.ilo.org, avec les mots-clés « violence et harcèlement ».
- CARRON VINCENT, Mobbing et demeure de l'employeur, *in* : Wyler (édit.), Panorama en droit du travail, Berne 2009, pp. 115-139.
- CARRUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail, Zurich/Bâle/Genève 2009.
- CIHUELO JERÔME/PIOTROWSKI ADAM, De la réappropriation à distance des espaces d'échanges informels, L'expérience du télétravail en situation de confinement, *in* : Sociologies pratiques, 2021/2, n° 43, pp. 51-61.
- DEHARO GAËLLE/POINT SÉBASTIEN, Comprendre une situation de harcèlement moral : vers un décodage juridico-gestionnaire, ISEOR, *in* : Recherches en Sciences de Gestion, 2019/2, n°131, pp. 137-163.
- DE STEFANO VALERIO/DURRI ILDA/STYLOGIOANNIS CHARALAMPOS/WOUTERS MATHIAS, « Le système doit être mis à jour » : Renforcer la protection contre le cyberharcèlement et contre la violence et le harcèlement fondés sur les TIC dans le monde du travail, Document de travail du BIT, Genève 2020 (cité : DE STEFANO et al.).
- DEVEAUD-PLÉDRAN MARIE, Le harcèlement dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2011.
- DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Neuchâtel 2011.
- DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Mobbing et télétravail, *in* : Clerc/Dunand/Sprumont (édit.), *Alea jacta est* : Santé !, Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod, Bâle 2021, pp. 559-571 (cité : DUNAND, Mobbing et télétravail).

- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Internet au travail : droit et obligations de l'employeur et du travailleur, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, pp. 33-72 (cité : DUNAND, Internet).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Commentaire *ad* art. 328 CO, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013 (cité : DUNAND, Commentaire).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail, *in* : RJN 2006, pp. 13-45 (cité : DUNAND, Harcèlement).
- DUNAND JEAN-PHILIPPE/TORNARE SANDRINE, L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Conflits au travail, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 29-70.
- DUPRÉ DELPHINE, Cyber harcèlement au travail : revue de la littérature anglophone, Communication et organisation, Bordeaux 2018, pp. 171-188.
- ETTER BORIS/SOKOLL JOHANNES, Commentaire *ad* art. 328 CO, *in* : Etter/Facincani/Sutter (édit.), Arbeitsvertrag Handkommentar, Berne 2021, pp. 282-314 .
- FORSSELL REBECCA, Exploring cyberbullying and face-to-face bullying in working life – Prevalence, targets and expressions, *in* : Computers in Human Behavior 58/2016, pp. 454-460.
- GLOOR WERNER/MARTI URSULA, L'expertise médicale ordonnée par le juge civil et le juge administratif dans les relations de travail, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les certificats dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 141-181.
- HALDY JACQUES, Commentaire *ad* art. 57 CPC, *in* : Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy (édit.), Code de procédure civile commenté, 2^e éd., Bâle 2018.
- HIRIGOYEN MARIE-FRANCE, Le harcèlement moral – La violence perverse au quotidien, Paris 1998.
- HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, 2^e éd., Berne 2016.
- LANGOS COLETTE, Cyberbullying : The Challenge to Define, *in* : Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking, 15/6/2012, pp. 285-289.
- LEMPEN KARINE, Commentaire *ad* art. 328 CO, *in* : Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : LEMPEN, Commentaire).
- LEMPEN KARINE, Commentaire *ad* art. 4 LEg, *in* : Aubert/Lempen (édit.), Commentaire de la Loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011 (cité : LEMPEN, Egalité).
- LEYMANN HEINZ, Mobbing, Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann, Reinbek/Hambourg 2002.
- MEIER-GUBSER STÉFANIE, Harcèlement, domination, collaborateurs et chefs difficiles, *in* : TREX 2020, pp. 108-111.
- NOVIER MERCEDES, Le certificat médical dans les relations de travail, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les certificats dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2018, pp. 141-181.
- PÄRLI KURT/EGGMANN JONAS, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, *in* : Jusletter du 22 février 2021.
- PORTMANN WOLFGANG/WILDHABER ISABELLE, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zurich/Saint-Gall 2020.
- SCHWEIZER PHILIPPE, Commentaire *ad* art. 183 CPC, *in* : Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy (édit.), Code de procédure civile commenté, 2^e éd., Bâle 2018.

- SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Travailler chez soi, Home office, Berne 2019 (cité : SECO, Home office).
- SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Mobbing et autres tensions psychosociales sur le lieu de travail en Suisse, Berne 2003 (cité : SECO, Mobbing).
- STEIGER-SACKMANN SABINE, Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Zurich/Bâle/Genève 2013.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- ULRICH ANTONIA, Mobbing am Arbeitsplatz, *in* : Sicherheit & Recht 3/2014, pp. 223-227.
- WAEBER JEAN-BERNARD, Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions ?, *in* : PJA 1998, pp. 792-796.
- WENNUBST GABRIELLA, Mobbing, Le harcèlement psychologique analysé sur le lieu de travail, La Chaux-de-Fonds 2007.
- WENK JAN, #opfer – Bedarf es eines Cybermobbing-Tatbestands ?, *in* : Recht, Zeitschrift für Weiterbildung und Praxis, 2/2021, pp. 88-100.
- WILDHABER ISABELLE/HÄNSENBERGER SILVIO, Internet am Arbeitsplatz, *in* : ZBJV 152/2016, pp. 307-341.
- WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018.
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, Berne 2019.

Troisième partie :

**Aspects internationaux et transfrontaliers
(droit fiscal et droit social)**

THIERRY OBRIST/TRÉSOR-GAUTHIER M. KALONJI

Télétravail et fiscalité : application des conventions de double imposition à un phénomène en plein essor, en particulier sous l'ère de Covid-19

Sommaire	Page
I. Introduction	186
II. Télétravail et établissement stable	187
A. Notion d'établissement stable et remarques préliminaires	187
B. Problématique de la qualification d'un « bureau à domicile » en établissement stable	189
1. Position du MC-OCDE	189
2. Quelques particularités sous Covid-19	191
C. Problématique de la qualification d'un « agent dépendant » en établissement stable	193
1. Position du MC-OCDE	193
2. Quelques particularités sous Covid-19	195
III. Télétravail et résidence fiscale	196
A. Notion de résidence et remarques préliminaires	196
B. Problématique de la résidence d'une personne physique	199
1. Position du MC-OCDE	199
2. Quelques particularités sous Covid-19	201
C. Problématique de la résidence d'une entreprise	203
1. Position du MC-OCDE	203
2. Quelques particularités sous Covid-19	204
IV. Télétravail et salariés transfrontaliers	205
A. Remarques préliminaires	205
B. Clause du monteur	207
1. Considérations générales	207
2. Test de 183 jours et Covid-19	208
V. Conclusion	210
Bibliographie	211

I. Introduction

Avec les possibilités qu'offre le télétravail à l'ère du numérique, de nombreux travailleurs du globe choisissent parfois d'établir – de façon permanente ou temporaire – leur domicile dans les juridictions autres que celles où se situent les employeurs, et de travailler depuis leur domicile. Si cette possibilité de délocalisation/relocalisation est légitime et permet parfois de mieux concilier les intérêts privés et professionnels des personnes concernées, elle n'est cependant pas sans conséquence sur le plan fiscal, en particulier lorsqu'il s'agit d'appliquer une convention fiscale dont sont signataires le pays de la résidence du travailleur et le pays de la source de ses revenus, c'est-à-dire la juridiction dans laquelle son employeur est localisé.

Le Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune, dans sa version de 2017 (ci-après « MC-OCDE »), établit des règles plus ou moins claires, qui précisent les modalités d'imposition des revenus des personnes tant physiques que morales dont les activités transcendent les limites du territoire d'une seule juridiction. Néanmoins, avec l'avènement de la pandémie de Covid-19, plusieurs règles en rapport avec la fiscalité conventionnelle sont battues en brèche, ce qui suscite des inquiétudes de la part aussi bien des contribuables que des administrations fiscales.

Ainsi, la présente contribution – qui s'intéresse à quelques conséquences fiscales du travail à distance à l'ère du « ballottement » des règles conventionnelles par le Covid-19 – examine la question sous l'angle de la possibilité de qualification du bureau à domicile (« *home office* ») en établissement stable (section II ci-après), de changement de la résidence pour les personnes physiques mais aussi pour les personnes morales (section III ci-après), et de modification de la compétence d'imposition des revenus des salariés transfrontaliers (section IV ci-après).

Cette analyse se limite essentiellement aux dispositions du MC-OCDE ainsi qu'aux orientations sur les conventions fiscales formulées par l'OCDE en pleine pandémie de Covid-19¹, pour ne pas empiéter sur d'autres contributions du présent volume (ouvrage). Elle n'analyse pas la portée des arrangements signés par la Suisse avec ses voisins, pour régler la situation des travailleurs frontaliers. En effet, sur la base desdites orientations de l'OCDE, la Suisse a conclu des accords avec les pays voisins (Allemagne, France, Italie

¹ En effet, en date du 3 avril 2020, le Secrétariat Général de l'OCDE a publié un document intitulé « Conventions fiscales et impact de la crise du Covid-19 : Analyse du Secrétariat de l'OCDE ». En date du 21 janvier 2021, il a publié une version remaniée, intitulée « Mise à jour des orientations sur les conventions fiscales et impact de la pandémie de Covid-19 ». Sur la première version du document, voir également BALABAN/METZGER, p. 752 ; DORIGO, p. 45.

et Liechtenstein), pour que le télétravail n'ait pas d'impact sur la fiscalité conventionnelle en temps de pandémie².

II. Télétravail et établissement stable

A. Notion d'établissement stable et remarques préliminaires

En vue d'affirmer sa présence dans d'autres Etats, une entreprise peut recourir à plusieurs procédés, notamment l'ouverture des filiales (sociétés-filles) ou des établissements stables (« *Permanent establishment* »)³. Très souvent, les entreprises préfèrent exercer leurs activités par l'intermédiaire d'établissements stables plutôt que d'entités distinctes (filiales), parce que la structure de l'établissement stable permet singulièrement une utilisation efficace du capital, la diversification des risques ainsi que des économies d'échelle, ce qui est plus rentable⁴. Ainsi, un établissement stable sera le plus souvent utilisé dans certains secteurs (ceux des banques et des assurances) ou pour exercer des activités temporaires dans un Etat ou encore lorsque le degré d'activités ou la complexité des opérations l'exigent⁵.

En droit de l'OCDE, c'est l'article 5 du MC-OCDE qui régit particulièrement la notion d'établissement stable. Celle-ci fait référence à « *toute installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité* »⁶. Aussi bien dans les Commentaires MC-OCDE⁷ que dans la doctrine⁸, on retient que cette définition implique la réunion de trois critères pour qu'une entité soit qualifiée d'établissement stable, à savoir :

² En effet, le 11 juin 2020, la Suisse et l'Allemagne ont conclu un accord de consultation à durée limitée dans le contexte de la Covid-19. Un accord amiable entre la Suisse et l'Italie a été signé le 20 juin 2020. En date du 27 octobre 2020, un accord a été signé entre la Suisse et la Principauté de Liechtenstein. Enfin, le 13 mai 2021, la Suisse et la France ont signé un accord amiable concernant les dispositions applicables aux revenus visés au paragraphe 1 de l'article 17 de la Convention à la suite des mesures prises dans le contexte de lutte contre la propagation du Covid-19.

³ SNOUSSI, p. 448.

⁴ KALONJI, p. 233.

⁵ OCDE, Attribution de bénéfices, pp. 25 s.

⁶ Cf. art. 5 § 1 MC-OCDE.

⁷ Commentaires MC-OCDE, *ad* article 5 § 6 et ss.

⁸ Voir notamment : DE VRIES, Droit fiscal international, pp. 126 s. ; OBERSON, pp. 133 s. ; RIU, p. 79 ; SCHREIBER/HONOLD/JAUN, N 7 ss *ad* art. 5, *in* : Zweifel/Beusch/Matteotti, Kommentar zum Internationalen Steuerrecht.

- (i) L'existence d'une installation d'affaires, c'est-à-dire des locaux, des machines ou de l'outillage servant de support matériel nécessaire à l'exercice de l'activité de l'entreprise. Dès lors, il suffit d'avoir des installations minimales à cet effet, peu importe qu'elles appartiennent ou non à l'entreprise, qu'elles soient occupées légalement ou illégalement ;
- (ii) L'installation d'affaires précitée doit être fixe, c'est-à-dire qu'un lien entre l'installation et un lieu ou point géographique doit exister. Le lien ne doit pas nécessairement être physique, il suffit qu'un centre localisé soit déterminé pour l'exercice de l'activité entrepreneuriale. Cette fixité doit également se caractériser par un degré de permanence, soit ne pas avoir un caractère purement temporaire ; et enfin
- (iii) Il est impératif qu'une activité entrepreneuriale soit exercée par l'intermédiaire de ladite installation ; c'est-à-dire, il est nécessaire et suffisant que l'activité en cause, qui doit s'exercer selon la volonté de l'entreprise et en accord avec le but fixé, contribue à atteindre le but social et à réaliser l'activité commerciale. Cette condition n'implique pas nécessairement une présence physique du personnel, dans la mesure où un traitement automatique (ou robotisé) peut garantir une activité réelle dans les installations.

Par ailleurs, le même article 5 MC-OCDE précise que les installations d'affaires pouvant être considérées comme des établissements stables, sont notamment (a) un siège de direction, (a) une succursale, (c) un bureau, (d) une usine, (e) un atelier, et (f) une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles⁹. Cette liste n'est nullement limitative – mais indicative¹⁰ – et ces exemples d'installations d'affaires ne constituent respectivement un établissement stable que si elles répondent aux conditions de la définition générale énoncée au paragraphe 1^{er} prérapporté¹¹. Dans la même veine, les paragraphes 3 et suivants du même article déterminent d'autres conditions auxquelles une personne physique ou morale peut ou ne pas être considérée comme étant un établissement stable.

Du reste, la notion d'établissement stable est particulièrement importante, dans la mesure où elle permet d'identifier la source d'un bénéfice et de garantir à l'Etat de situation d'un établissement stable d'imposer les bénéfices de l'entreprise qui sont imputables audit établissement¹². En revanche, le revenu d'une activité qui n'est pas considérée comme un

⁹ Cf. art. 5 § 2 MC-OCDE.

¹⁰ CASTAGNÈDE, p. 457 ; SCHREIBER/HONOLD/JAUN, N 20 *ad* art. 5, *in* : Zweifel/Beusch/Matteotti, *Kommentar zum Internationalen Steuerrecht*.

¹¹ Commentaires MC-OCDE, *ad* art. 5 § 45.

¹² CASTAGNÈDE, p. 450.

établissement stable au sens de la convention ne pourra pas être imposé dans l'Etat de situation de l'entité¹³.

Si le principe ci-dessus paraît relativement clair, il n'en demeure pas moins certaines incertitudes en pratique, particulièrement à l'ère du Covid-19. Nous aborderons deux problématiques dans le cadre de la présente contribution, à savoir la qualification d'un « bureau à domicile » et d'un « agent dépendant » en établissement stable.

B. Problématique de la qualification d'un « bureau à domicile » en établissement stable

1. Position du MC-OCDE

Sur la liste des installations d'affaires reconnues comme étant potentiellement des établissements stables, se trouve le « bureau ». Ni les dispositions de l'article 5 MC-OCDE, moins encore les Commentaires MC-OCDE y afférents, ne fournissent une définition à propos de ce concept de « bureau ». Néanmoins, au regard de quelques exemples formulés par lesdits commentaires, on pourrait inférer qu'il s'agit d'un bureau de liaison ou de représentation, c'est-à-dire une structure non dotée de personnalité juridique distincte, créée par une entreprise dans le but de réaliser une étude de marché sur un nouveau territoire qu'elle envisage de conquérir, généralement à l'international. Cette structure est donc chargée de faire le lien entre l'entreprise et le marché de l'Etat dans lequel elle est créée¹⁴. C'est le cas singulièrement :

« [...] d'un employé d'une société qui, durant une longue période, est autorisé à utiliser un bureau au siège d'une autre société (par exemple, une filiale récemment acquise) afin de veiller à ce que la seconde société respecte ses obligations aux termes de contrats conclus avec la première. Dans ce cas, l'employé exerce des activités liées à l'activité de la première société et le bureau mis à sa disposition au siège de la deuxième société constitue un établissement stable de son employeur en autant que le bureau soit à sa disposition pour une période de temps assez longue pour constituer une « installation fixe d'affaires » [...] et que les activités exercées à cet endroit ne soient pas limitées aux activités décrites au paragraphe 4 de l'article »¹⁵.

En guise de précision, les « *activités décrites au paragraphe 4* » auxquelles il est fait allusion ci-dessus, concernent celles qui excluent la qualification d'établissement stable à des installations d'affaires si, à savoir :

¹³ BAUEN/GANI, p. 297.

¹⁴ Pour plus de détails, voir KALONJI, pp. 88 ss.

¹⁵ Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 5 § 15.

« a) il est fait usage d'installations aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise ; b) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison ; c) des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de transformation par une autre entreprise ; d) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations, pour l'entreprise ; e) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité ; f) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé d'activités mentionnées aux alinéas a) à e) ; à condition que cette activité ou, dans le cas visé à l'alinéa f), l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires, revête un caractère préparatoire ou auxiliaire »¹⁶.

Cela dit, la préoccupation topique ici est de savoir si le bureau de travail à domicile (« *home office* ») pourrait être considéré comme étant un établissement stable. Dans cette perspective, la solution fournie par le droit fiscal conventionnel de l'OCDE est la suivante :

« Même si l'activité d'une entreprise peut être exercée pour partie dans des locaux tels qu'un bureau situé au domicile d'une personne, ceci ne devrait pas conduire automatiquement à la conclusion que ces locaux sont mis à la disposition de l'entreprise simplement parce qu'ils sont utilisés par une personne (notamment un salarié) qui travaille pour cette entreprise. Le fait qu'un bureau à domicile constitue un endroit mis à la disposition de l'entreprise sera établi en fonction des faits et des circonstances spécifiques à chaque situation. Dans de nombreux cas, l'exercice d'une activité au domicile d'une personne (notamment d'un salarié) aura un caractère si discontinu ou occasionnel que le domicile ne sera pas considéré comme un endroit mis à la disposition de l'entreprise [...] »¹⁷.

Au regard de ce qui précède, il est certes évident que l'existence d'un établissement stable sous la forme d'un bureau à domicile dépend des faits et circonstances propres au cas d'espèce. Néanmoins un établissement stable doit généralement « présenter un certain degré de permanence et être à la disposition d'une entreprise pour être considéré comme une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité »¹⁸. Ainsi, si un employé utilise un bureau à domicile pour une période courte, la probabilité que ce bureau soit considéré comme un établissement stable est faible et ce, parce que le critère de la permanence – nécessaire pour donner naissance

¹⁶ Art. 5 § 4 MC-OCDE.

¹⁷ Commentaires MC-OCDE, *ad* art. 5 § 18. Voir également SCHREIBER/HONOLD/JAUN, N 10 *ad* art. 5, *in* : ZWEIFEL/BEUSCH/MATTEOTTI, *Kommentar zum Internationalen Steuerrecht*.

¹⁸ OCDE, *Conventions fiscales et Covid-19*, § 14.

à un établissement stable – ne serait pas satisfait¹⁹. Cela dit, lorsqu'un employeur séjourne, par exemple, durant une semaine tous les deux mois dans l'Etat hôte, travaillant à partir d'un *home office*, cette habitude d'utilisation de ce dernier peut être prise en compte pour la réalisation du critère de permanence temporaire²⁰. Le fait qu'un contrat de travail prévoit expressément que le travailleur ne dispose pas de bureau mis à disposition par son employeur et reçoit une indemnité particulière pour l'emploi d'une chambre à son domicile privé fera fréquemment pencher la balance en faveur de la présence d'un établissement stable de l'employeur dans l'Etat du domicile privé de l'employé. En revanche, l'emploi occasionnel d'un bureau au domicile ou dans la résidence secondaire d'un employé, que ce soit pendant la journée ou le soir par exemple, ne doit pas conduire à la même conclusion.

2. Quelques particularités sous Covid-19

A l'ère actuel de la pandémie de Covid-19, il s'est révélé fréquent pour un bon nombre de travailleurs d'être contraints de travailler à partir de chez eux (télétravail), pour respecter les mesures de lutte contre la propagation de la pandémie.

On pourrait déduire que le fait pour un employeur d'obliger son employé à travailler à partir du domicile de ce dernier – ou à partir d'un logement temporaire dans une juridiction qui n'est pas son lieu de résidence principal – en vue d'éviter la propagation du Covid-19, crée un établissement stable pour l'employeur/entreprise, à savoir le bureau domestique ou le logement temporaire utilisé par cet employé. Ce n'est pourtant pas le cas. En effet, il a été considéré par l'OCDE²¹ que le fait pour un employé de rester chez lui ou ailleurs pour travailler à distance en vue de se conformer à des mesures de santé publique, constitue un événement exceptionnel, et non une obligation imposée par l'employeur. Ainsi, le télétravail effectué à partir du *home office* compte tenu du caractère exceptionnel de la pandémie de Covid-19 (qui est un événement exceptionnel, une mesure de santé publique imposée ou recommandée par les pouvoirs publics) ne conduit pas à la création d'un établissement stable pour ledit employeur/entreprise. Cela se justifie, soit parce que cette

¹⁹ Selon BALABAN/METGER, p. 752, dans les situations qui peuvent être définies comme « extraordinaires », le caractère permanent d'une activité ne doit pas être donné, même si elle est menée sur une période allant de six à douze mois. Il en va de même lorsque le télétravail est rendu obligatoire en raison des circonstances et que l'activité dépasse un an et s'étend sur une période plus longue. Dans ce cas, cependant, la qualification est moins évidente et le caractère permanent est susceptible d'être retenu. Dans ce même sens, voir DORIGO, p. 46. Sur la notion de temporalité en lien avec la constitution d'un établissement stable, voir CORDEIRO/DORIGO, p. 518.

²⁰ CASTELLON, p. 267. En effet, toutes les situations présentant un caractère « intermittent » sont exclues. Dans ce sens, voir DORIGO, p. 46.

²¹ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 16.

activité ne présente pas un degré suffisant de permanence ou de continuité²², soit parce que le bureau situé au domicile n'est pas mis à la disposition de l'entreprise²³. Aussi est-il que l'entreprise continue de mettre à la disposition des employés concernés un bureau autre que le domicile en l'absence de mesures de santé publique.

Au cas où, après la fin des mesures de santé publique imposées ou recommandées par les pouvoirs publics, un employé continue de faire du télétravail à domicile, on pourrait considérer que le *home office* a un certain degré de permanence. Cependant, ce changement ne conduit pas à lui seul à considérer nécessairement qu'un établissement stable est créé au *home office*. Il est nécessaire de « procéder à un examen complémentaire des faits et circonstances pour déterminer si le bureau situé au domicile est désormais à la disposition de l'entreprise à la suite de ce changement permanent des conditions de travail [...] »²⁴. Dans l'hypothèse où le *home office* est utilisé de manière continue par un employé, pour exécuter une activité professionnelle dictée par l'entreprise et qu'il s'avère, à la lumière des faits et des circonstances, que l'employeur a obligé l'utilisation du *home office*, sans autrement fournir de bureau à l'employé alors même que la nature de l'emploi l'exige, ce *home office* pourrait ainsi être considéré comme étant mis à la disposition de l'entreprise et, par conséquent, être qualifié d'établissement stable²⁵. C'est le cas à titre illustratif « d'une consultante non résidente qui est présente pendant une certaine durée dans un Etat donné où elle exerce la majeure partie des activités d'entreprise de sa propre entreprise de conseil depuis un bureau installé à son domicile dans cet Etat ; dans ce cas, le bureau à domicile constitue un endroit mis à la disposition de l'entreprise »²⁶.

Somme toute, le télétravail qu'effectue un salarié à partir du *home office* et justifié par la nécessité de se conformer aux mesures dictées par les pouvoirs publics en vue de lutter contre la pandémie de Covid-19, ne crée pas un établissement stable sous la forme d'une installation fixe d'affaires pour l'entreprise/l'employeur²⁷.

²² La situation de confinement étant par définition temporaire et causée par des circonstances extraordinaires, elle n'a pas le caractère permanent. Voir AMADDEO, p. 102 ; DORIGO, p. 46.

²³ Etant donné que la nécessité de travailler en *home office* ne dépend pas du pouvoir de décision de l'employeur, le bureau à domicile ne saurait être considéré comme étant à la disposition de l'employeur. Dans ce sens, AMADDEO, p. 103 ; DORIGO, p. 46. En effet, pour qu'il y ait pouvoir de disposition de la part de l'employeur, il est nécessaire qu'il puisse « décider à sa guise de la durée et étendue de l'utilisation de l'installation commerciale ». Voir SCHREIBER/HONOLD/JAUN, N 7 ad art. 5, in : Zweifel/Beusch/Matteotti, Kommentar zum Internationalen Steuerrecht. Pour une analyse approfondie du pouvoir de disposition de l'employeur en cas de *home office*, nous renvoyons à VOGELSANG, pp. 123 ss.

²⁴ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 17.

²⁵ Commentaires MC-OCDE, ad art. 5 § 18 (dernière phrase).

²⁶ Commentaires MC-OCDE, ad art. 5 § 19.

²⁷ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 19.

C. Problématique de la qualification d'un « agent dépendant » en établissement stable

1. Position du MC-OCDE

Une autre préoccupation qui se pose avec le télétravail est celle de savoir si une personne travaillant temporairement à domicile pour un employeur non-résident pourrait être qualifiée d'agent dépendant dont les activités donneraient lieu à la création d'un établissement stable. A ce propos, il convient d'abord de relever, à la lumière de l'article 5 para. 5 MC-OCDE, ce qui suit :

« Lorsqu'une personne agit dans un Etat contractant pour le compte d'une entreprise, et, ce faisant, conclut habituellement des contrats ou joue habituellement le rôle principal menant à la conclusion de contrats qui, de façon routinière, sont conclus sans modification importante par l'entreprise, et que ces contrats sont a) au nom de l'entreprise, ou b) pour le transfert de la propriété de biens, ou pour la concession du droit d'utiliser des biens, appartenant à cette entreprise ou que l'entreprise a le droit d'utiliser, ou c) pour la prestation de services par cette entreprise, cette entreprise est considérée comme ayant un établissement stable dans cet Etat pour toutes les activités que cette personne exerce pour l'entreprise, à moins que les activités de cette personne ne soient limitées à celles qui sont mentionnées au paragraphe 4 et qui, si elles étaient exercées par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires (autre qu'une installation fixe d'affaires à laquelle le paragraphe 4.1 s'appliquerait²⁸), ne permettraient pas de considérer cette installation comme un établissement stable selon les dispositions de ce paragraphe ».

A la lumière de cette disposition, trois conditions cumulatives doivent être réunies pour que la qualification d'établissement stable soit retenue, à savoir²⁹ : (i) une personne qui

²⁸ En guise de précision, ce § 4.1 de l'art. 5 MC-OCDE prévoit que « le paragraphe 4 ne s'applique pas à une installation fixe d'affaires utilisée ou détenue par une entreprise si la même entreprise ou une entreprise étroitement liée exerce des activités d'entreprise dans la même installation ou dans une autre installation dans le même Etat contractant et a) cette installation ou cette autre installation constitue un établissement stable pour l'entreprise ou pour l'entreprise étroitement liée en vertu des dispositions du présent article, ou b) l'activité d'ensemble résultant du cumul des activités exercées par les deux entreprises dans la même installation, ou par la même entreprise ou des entreprises étroitement liées dans les deux installations, ne revêt pas un caractère préparatoire ou auxiliaire, si les activités d'entreprise exercées par les deux entreprises dans la même installation, ou par la même entreprise ou des entreprises étroitement liées dans les deux installations, constituent des fonctions complémentaires qui s'inscrivent dans un ensemble cohérent d'activités d'entreprise ».

²⁹ Commentaires MC-OCDE, *ad art. 5 § 84*. Pour une analyse détaillée, voir SCHREIBER/HONOLD/JAUN, N 109 *ss ad art. 5, in* : Zweifel/Beusch/Matteotti, *Kommentar zum Internationalen Steuerrecht*.

agit dans un Etat contractant pour le compte d'une entreprise ; (ii) ce faisant, cette personne conclut habituellement des contrats, ou joue habituellement le rôle principal menant à la conclusion de contrats qui, de façon routinière, sont conclus sans modification importante par l'entreprise ; et (iii) ces contrats sont soit au nom de l'entreprise, soit prévoient le transfert de la propriété, ou la concession du droit d'utiliser, des biens appartenant à cette entreprise ou des biens que l'entreprise a le droit d'utiliser, ou concernent la fourniture de services par cette entreprise.

Ce triptyque met en relief une notable exception au principe posé pour l'existence d'un établissement stable, à savoir l'exigence d'une installation [fixe] d'affaires. Dans le cas d'espèce, il y a tout simplement la présomption de l'existence d'un établissement stable d'une entreprise du fait des activités d'une personne agissant pour son compte³⁰. C'est le cas, par exemple, d'un mandataire qui agit pour un mandant, d'un associé en faveur d'une société de personnes, d'un membre du conseil d'administration pour le compte d'une société, ou d'un salarié au bénéfice d'un employeur³¹. Voici un exemple typique :

« RCO, une société résidente de l'Etat R, distribue divers produits et services dans le monde entier par l'intermédiaire de ses sites Web. SCO, une société résidente de l'Etat S, est une filiale à part entière de RCO. Des employés de SCO envoient des courriels, téléphonent ou rendent visite à de grandes organisations dans le but de convaincre celles-ci d'acheter des produits et des services de RCO et sont dès lors responsables des grands comptes dans l'Etat S ; les employés de SCO, dont la rémunération est basée en partie sur les recettes que tire RCO de ces titulaires de comptes, utilisent leurs aptitudes à développer de solides relations pour tenter d'anticiper les besoins de ces titulaires de comptes et convaincre ceux-ci d'acquiescer les produits et les services offerts par RCO. Lorsqu'un de ces titulaires de comptes est persuadé par un employé de SCO d'acheter une quantité donnée de marchandises ou de services, l'employé indique le prix qui sera payable pour cette quantité, indique qu'un contrat doit être conclu en ligne avec RCO avant que RCO puisse fournir les marchandises ou les services, et explique quelles sont les conditions normales des contrats de RCO, y compris la structure de prix fixe utilisée par RCO que l'employé n'est pas autorisé à modifier. Le titulaire du compte conclut ensuite ce contrat en ligne pour la quantité discutée avec l'employé de SCO et selon la structure de prix présentée par cet employé. Dans cet exemple, les employés de SCO jouent le rôle principal menant à la conclusion de contrats entre le titulaire de compte et RCO, et, de façon routinière, ces contrats sont conclus sans modification importante par l'entreprise. Le fait que les employés de SCO ne peuvent modifier les conditions des contrats ne signifie pas que la conclusion des contrats n'est

³⁰ Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 5 § 82.

³¹ Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 5 § 86.

pas le résultat direct des activités qu'ils effectuent pour le compte de l'entreprise, le fait de convaincre le titulaire de compte d'accepter ces conditions uniformes étant l'élément central menant à la conclusion des contrats entre le titulaire de compte et RCO »³².

Aussi est-il évident que seules les personnes qui concluent couramment des contrats qui sont au nom de l'entreprise³³ ou qui doivent être exécutés par cette dernière, ou qui jouent habituellement le rôle principal menant à la conclusion de tels contrats qui, de façon routinière, sont conclus sans modification importante par l'entreprise, peuvent constituer un établissement stable pour l'entreprise. De ce fait, la conclusion de contrats par ces personnes, ou de contrats résultant directement des actions de ces personnes, a lieu de manière répétée et pas seulement dans des cas isolés³⁴. A la lumière de l'illustration précitée, il y a lieu de constater, entre autres, que l'employé de SCO qui agit pour le compte de RCO situé dans une autre juridiction, pose les actes « habituellement », et non de manière occasionnelle. Ce critère d'action « habituelle » cristallise le principe découlant de l'article 5 selon lequel la présence d'une entreprise dans une juridiction contractante ne doit pas être simplement transitoire pour que l'on puisse considérer que l'entreprise possède dans cette juridiction un établissement stable, et qu'elle y soit donc imposable³⁵.

Au regard de ce qui précède, on pourrait également se demander si un employé qui fait du *home office* – dans le même pays que l'employeur ou à partir de l'étranger – et agit habituellement au nom et pour le compte dudit employeur, sans possibilité d'une modification substantielle par ce dernier des actes posés par celui-là (employé), fait de ce dernier un agent dépendant et que son domicile pourrait constituer un établissement stable. Au fait, dans le cas d'espèce, le lieu de prestation de l'employé importe peu. Ce qui compte le plus, c'est plutôt la nature des actes qu'il pose. Une fois que les trois critères précités sont réunis, l'employé est qualifié d'agent dépendant et ses activités d'établissement stable, sans qu'il ne soit nécessairement besoin d'examiner le lieu où les actes ont été posés.

2. Quelques particularités sous Covid-19

Le critère d'acte « habituel » sus décrit est tellement important qu'il ne serait pas évident de considérer une activité menée par un employé ou un agent dans une juridiction comme exercée de manière habituelle « si la personne concernée ne travaille à domicile dans cette juridiction qu'en raison de circonstances exceptionnelles ou de mesures de santé publique imposées ou recommandées par les pouvoirs publics »³⁶. En d'autres termes, si une

³² Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 5 § 83.

³³ Pour un approfondissement des effets contraignants de ces engagements, voir VOGELSANG, pp. 214 ss.

³⁴ Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 5 § 83.

³⁵ Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 5 § 98.

³⁶ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 21. Voir également, AMADDEO, p. 103.

personne pose habituellement – mais de manière circonstancielle (justifiée par des mesures anti-Covid-19 dictées par les pouvoirs publics) – des actes pour le compte d’une entreprise située dans un autre Etat, on ne pourrait mécaniquement conclure que cette entreprise dispose d’un établissement stable dans l’Etat où des actes sont posés à sa faveur. C’est le cas, par exemple, lorsque la personne qui pose les actes se retrouve « confinée » dans le pays où elle agit, puisque les autorités de ce pays ont décrété une fermeture des frontières. On pourrait dire que les activités exercées par cette personne ne présentent pas un certain degré de permanence et ont plutôt un caractère purement temporaire ou transitoire, en attendant la levée des mesures de confinement et d’ouverture des frontières.

Il y a lieu cependant de nuancer ce postulat, au cas où l’employé concluait habituellement des contrats pour le compte de l’entreprise depuis son domicile avant même l’avènement du Covid-19. Il en est de même d’un employé qui, après la pandémie de Covid-19, poursuit son activité professionnelle à domicile de manière habituelle, au profit d’un employeur non-résident, et conclut des contrats pour le compte d’une entreprise. Dans ce cas, il est plus probable que l’on puisse considérer que cet employé conclue des contrats habituellement pour le compte de l’entreprise, et donc il serait considéré – sous certaines conditions – comme un établissement stable de ladite entreprise³⁷.

En définitive, l’activité d’un agent dans un Etat ne devrait pas être considérée comme « habituelle » si cet agent a, de manière exceptionnelle, commencé à travailler à domicile dans cet Etat aux fins de respecter les mesures de politique sanitaire dictées par au moins un des gouvernements des Etats concernés pour éviter la propagation du Covid-19. L’activité d’un tel professionnel ne devrait pas donner lieu à la qualification d’établissement stable découlant de l’activité d’un agent dépendant, sauf si ce professionnel poursuivait son activité dans les mêmes conditions, après la levée des mesures de santé publique³⁸.

III. Télétravail et résidence fiscale

A. Notion de résidence et remarques préliminaires

L’importance du rôle de la notion de « résidence » dans les conventions fiscales est double : elle conditionne, d’une part, l’application desdites conventions et elle constitue, d’autre part, l’un des facteurs de répartition des compétences fiscales entre les juridictions

³⁷ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 22 et 23.

³⁸ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 24.

signataires, permettant d'éviter la double imposition³⁹. Dans cette perspective, l'article 4 para. 1 du MC-OCDE appréhende la notion de résidence en ces termes :

« L'expression "résident d'un Etat contractant" désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet Etat, est assujettie à l'impôt dans cet Etat en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue et s'applique aussi à cet Etat et à toute subdivision politique ou collectivité locale de celui-ci ainsi qu'à un fonds de pension reconnu de cet Etat. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet Etat que pour les revenus de sources situées dans cet Etat ou pour la fortune qui y est située ».

Il découle de cette disposition que la notion de « résidence » utilisée aux fins d'application d'une convention, s'appréhende en principe par rapport à la législation interne de la juridiction contractante qui est appelée à appliquer la convention fiscale⁴⁰. Ce qui permet d'inférer que l'approche de ladite notion n'est pas du tout conventionnelle⁴¹. La dernière phrase de cet article 4 para. 1 paraît particulièrement intéressante, dans la mesure où elle pose le principe d'existence d'un lien de rattachement (*nexus*) suffisamment constant avec la juridiction de résidence⁴² : en l'occurrence, une personne ne peut être valablement considérée comme résidente d'une juridiction que si elle s'y trouverait rattachée par un « assujettissement illimité ».

Un assujettissement est illimité (« *unlimited tax liability* ») lorsqu'il est fondé sur un critère de rattachement personnel tels que la nationalité⁴³, le domicile ou le séjour pour les personnes physiques et le siège ou l'administration effective pour les personnes morales ; et on parle de principe d'imposition mondiale ou principe d'universalité (« *principle of worldwide taxation* » ou « *universality principle* »)⁴⁴. Ainsi, tous les revenus mondiaux du contribuable sont soumis à l'impôt dans la juridiction fiscale de la nationalité, du domicile ou de la résidence, du siège ou de l'administration effective, exception faite des entreprises, établissements stables et immeubles situés sous d'autres cieux⁴⁵. En revanche, un assujettissement est limité (« *limited tax liability* ») lorsqu'il est fondé sur un critère de rattachement économique. Ainsi, par exemple, une personne qui n'est pas domiciliée ou résidente (y compris siège social ou administration effective) dans une juridiction peut y être imposée pour autant qu'elle possède dans cette juridiction une entreprise, un

³⁹ HUYLEBROUCK, p. 8.

⁴⁰ DE VRIES, Double imposition, p. 90 ; CASTAGNÈDE, p. 432 ; HUYLEBROUCK, p. 10.

⁴¹ OBERSON, p. 106.

⁴² DE VRIES, Double imposition, p. 90 ; CASTAGNÈDE, p. 432.

⁴³ Il convient de préciser qu'à ce jour, seuls les Etats-Unis d'Amérique continuent d'appliquer le principe de la nationalité pour assujettir à l'impôt américain tous leurs ressortissants, sans égard à leur résidence.

⁴⁴ OBRIST, p. 62 ; BURKHALTER, pp. 17 s.

⁴⁵ TRAVERSA/ZEYEN, p. 45 ; OBERSON, pp. 52 s. ; DE VRIES, Droit fiscal international, pp. 22 s.

immeuble ou un établissement stable. L'imposition est ainsi limitée, car elle ne couvre qu'une partie des avoirs du contribuable, à savoir ceux situés dans la juridiction concernée⁴⁶.

Puisque la notion de résidence de l'article 4 MC-OCDE est étroitement liée aux législations internes des juridictions contractantes⁴⁷, le moins que l'on puisse dire du droit suisse par exemple est que le critère de la résidence est concrétisé pour un individu par la notion de domicile et de séjour⁴⁸ et pour une personne morale par la notion de siège ou d'administration effective⁴⁹, pour ce qui est effectivement de l'assujettissement illimité (rattachement personnel)⁵⁰. De ce fait, une personne rattachée à la Suisse par un assujettissement illimité peut prétendre aux avantages d'une convention fiscale dont la Suisse est contractante, à l'exclusion d'un rattachement économique (assujettissement limité), sauf si dans ce cas la personne est considérée comme résidente de l'autre juridiction contractante⁵¹.

Du reste, la suite de l'article 4 MC-OCDE fixe des règles de départage (« *tie-breaker rules* ») permettant d'appréhender la situation juridique d'une personne considérée comme résidente à la fois de deux juridictions contractantes, afin de lui allouer une seule résidence à des fins fiscales. C'est seulement lorsqu'on a affaire à une double domiciliation fiscale sur pied de chacune de législations de deux juridictions contractantes, que les critères subsidiaires de la convention fiscale peuvent être activés en ultime recours⁵². Selon les Commentaires MC-OCDE, en vue de résoudre un conflit d'éventuelle double résidence de deux juridictions contractantes, la convention doit contenir des règles spéciales qui donnent la prépondérance aux liens rattachant le contribuable à une juridiction plutôt qu'à l'autre. Autant que faire se peut, le critère de référence doit être tel qu'il ne fasse pas de doute que l'intéressé ne remplit les conditions requises que dans un Etat seulement ; en même temps, le critère devra être tel que le lien retenu fasse paraître normale l'attribution à la juridiction considérée du droit de lever l'impôt. Les faits auxquels s'appliqueront les règles spéciales de départage sont ceux qui prévalent au cours de la période pendant

⁴⁶ OBRIST, p. 63 ; OBERSON, pp. 67 s.

⁴⁷ Commentaires MC-OCDE, *ad* art. 4 § 4.

⁴⁸ En effet, l'art. 3 al. 1^{er} LIFD dispose : « Les personnes physiques sont assujetties à l'impôt à raison du rattachement personnel lorsque, au regard du droit fiscal, elles sont domiciliées ou séjournent en Suisse ». Les autres alinéas de cet article précisent, par ailleurs, la portée et l'étendue de la notion du domicile et du séjour. Cette disposition est reprise en des termes semblables par l'art. 3 LHID.

⁴⁹ En effet, l'art. 50 LIFD dispose : « Les personnes morales sont assujetties à l'impôt en raison de leur rattachement personnel lorsqu'elles ont leur siège ou leur administration effective en Suisse ». Cette disposition est reprise en des termes semblables par l'art. 20 LHID.

⁵⁰ RYSER/ROLLI, pp. 31 s. ; OBRIST, p. 62.

⁵¹ OBERSON, p. 106 ; DE VRIES, Double imposition, p. 90.

⁵² CASTAGNÈDE, p. 434 ; DORIGO, p. 48.

laquelle la résidence du contribuable a une incidence sur son assujettissement à l'impôt, période qui peut être d'une durée moindre que celle d'une période d'imposition entière⁵³.

A l'ère du Covid-19, des inquiétudes se sont accentuées au sujet de la possibilité de révélation d'une double résidence à l'égard des personnes physiques ou morales, à la suite du gel des mouvements des personnes. Singulièrement, dans le cas d'une entreprise, on pourrait craindre le changement du « siège de direction effective » en raison de la relocalisation ou de l'incapacité de voyager des membres du conseil d'administration ou autres dirigeants. L'inquiétude pour une telle situation réside dans le fait qu'un tel changement peut avoir pour conséquence une modification du pays de résidence de l'entreprise en vertu de la législation nationale applicable et avoir des conséquences pour le pays dont l'entreprise est censée être résidente aux fins de la convention fiscale⁵⁴.

Au regard de ce qui précède, il convient d'examiner la question en deux volets, soit d'une part à propos de la résidence des personnes physiques et d'autre part au sujet des personnes morales.

B. Problématique de la résidence d'une personne physique

1. Position du MC-OCDE

Lorsqu'une personne physique est considérée comme un résident dans les deux juridictions signataires de la convention fiscale et qu'il s'avère complexe de retenir à son égard une seule résidence aux fins d'application de la convention, l'article 4 para. 2 MC-OCDE formule quelques règles de départage (ou subsidiaires) en ces termes :

« Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne physique est un résident des deux Etats contractants, sa situation est réglée de la manière suivante :

a) cette personne est considérée comme un résident seulement de l'Etat où elle dispose d'un foyer d'habitation permanent ; si elle dispose d'un foyer d'habitation permanent dans les deux Etats, elle est considérée comme un résident seulement de l'Etat avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits (centre des intérêts vitaux) ;

b) si l'Etat où cette personne a le centre de ses intérêts vitaux ne peut pas être déterminé, ou si elle ne dispose d'un foyer d'habitation permanent dans aucun des Etats, elle est considérée comme un résident seulement de l'Etat où elle séjourne de façon habituelle ;

⁵³ Commentaires MC-OCDE, *ad* art. 4 § 10.

⁵⁴ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 27.

c) si cette personne séjourne de façon habituelle dans les deux Etats ou si elle ne séjourne de façon habituelle dans aucun d'eux, elle est considérée comme un résident seulement de l'Etat dont elle possède la nationalité ;

d) si cette personne possède la nationalité des deux Etats ou si elle ne possède la nationalité d'aucun d'eux, les autorités compétentes des Etats contractants tranchent la question d'un commun accord ».

Ces règles de départage s'appliquent à une hypothèse où, en vertu des dispositions conventionnelles (en l'occurrence l'article 4 para. 1 MC-OCDE prérappelé), une personne physique est un résident des deux Etats contractants. Il existe une hiérarchie des critères de départage, la question qui doit être posée en premier lieu étant celle de savoir dans quelle juridiction la personne dispose d'un foyer d'habitation permanent. En vertu de ce critère, la préférence doit être accordée à l'Etat contractant où l'intéressé dispose d'un foyer d'habitation permanent. En principe, ce critère devrait suffire pour résoudre le conflit résultant du fait qu'une personne qui a un foyer permanent dans un Etat contractant a seulement effectué un séjour d'une certaine durée dans l'autre Etat contractant⁵⁵.

La notion de foyer d'habitation fait référence au lieu de résidence effective, caractérisé par une certaine stabilité. Selon les Commentaires MC-OCDE, toute forme d'habitation peut certes être prise en considération (maison ou appartement qui est la propriété de l'intéressé ou pris en location, chambre meublée louée) ; cependant, il est fondamental que la permanence de l'habitation soit établie, c'est-à-dire le logement doit être à la disposition de l'intéressé en tout temps – d'une manière continue et pas occasionnellement – pour effectuer un séjour qui, compte tenu des raisons qui le motivaient, est nécessairement lié à une courte durée (tel un voyage de villégiature, d'affaires, ou d'études)⁵⁶.

Au cas où, compte tenu des circonstances, il s'avère que le concerné a son foyer d'habitation permanent dans les deux juridictions, il conviendrait de privilégier la juridiction avec laquelle des liens personnels et économiques sont les plus étroits, c'est-à-dire celle dans laquelle se trouve focalisé le centre des intérêts vitaux (vie familiale et sociale), c'est-à-dire un endroit où l'on possède une habitation réelle et où l'on a manifesté l'intention de s'attacher ou de revenir après des absences même longues et nombreuses. Par exemple, le fait de cohabiter avec une personne (fiancé, ami, partenaire) dans un endroit peut traduire un centre d'intérêts vitaux pour cet endroit ; tandis que les relations économiques peuvent se manifester singulièrement par des activités liées à un endroit géographique ou des sources de revenus⁵⁷.

⁵⁵ Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 4 § 11.

⁵⁶ Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 4 § 13.

⁵⁷ DE VRIES, *Droit fiscal international*, p. 92.

Au reste, lorsqu'il s'avère complexe de déterminer la résidence d'une personne physique en se fondant sur les éléments prédéfinis (foyer d'habitation [permanent] et centre des intérêts vitaux), le paragraphe 2 prévoit des critères subsidiaires progressifs : séjour habituel et nationalité. Enfin, si l'intéressé possède la nationalité des deux juridictions ou n'a la nationalité d'aucune d'elles, la question devra être tranchée d'un commun accord entre les administrations intéressées, conformément à l'article 25 MC-OCDE (procédure amiable)⁵⁸.

Au regard de ce qui précède, on pourrait notamment s'interroger – par exemple à la lumière du droit suisse (pour autant que la notion de résidence du MC-OCDE est domestique) – si la pratique du *home office* dans une résidence secondaire (comme un chalet à la montagne par exemple) pourrait avoir un impact sur la localisation du domicile de l'employé et, par conséquent, de la résidence fiscale. En principe, la réponse est négative, dans la mesure où une résidence secondaire n'est pas un domicile, sauf en cas d'intention de s'y établir durablement ou lorsque ladite résidence secondaire constitue un domicile légal spécial en vertu du droit fédéral⁵⁹. En revanche, la réponse serait positive au cas où cette résidence secondaire sert de foyer d'habitation permanent, de centre des intérêts vitaux ou de séjour habituel pour le travailleur. Dans cette dernière hypothèse (séjour), il est nécessaire que le télétravailleur qui séjourne dans la résidence secondaire puisse y résider, sans interruption notable, pendant 30 jours au moins et y exercer son activité lucrative (par télétravail) ou pendant 90 jours au moins sans y exercer d'activité lucrative⁶⁰.

2. Quelques particularités sous Covid-19

Il est évident que la pandémie de Covid-19 – avec son corollaire le télétravail obligatoire dans certaines situations – a eu quelques répercussions sur les règles de détermination de la résidence d'une personne physique en vertu du droit interne et des conventions fiscales. Dans cette veine, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a envisagé deux hypothèses ci-après⁶¹ :

- La première situation est celle où l'intéressé a, pour des vacances ou des raisons professionnelles, quitté temporairement (pendant quelques semaines) son domicile et se retrouve bloqué dans la juridiction où il s'est rendu à cause de la pandémie de Covid-19, de sorte qu'il est considéré comme résident de ladite juridiction en vertu de sa législation interne.

⁵⁸ Commentaires MC-OCDE, *ad* art. 4 § 25.

⁵⁹ Voir art. 3 al. 2 LIFD.

⁶⁰ Voir art. 3 al. 3 LIFD.

⁶¹ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 39.

- Dans cette perspective, il n'est pas évident que l'intéressé acquière le statut de résident de la juridiction où il se trouve temporairement en raison de circonstances exceptionnelles. Néanmoins, il existe des règles en droit interne selon lesquelles une personne est résidente d'une juridiction si elle y est présente pendant un certain nombre de jours. C'est le cas par exemple, en droit suisse, lorsqu'une personne séjourne (réside) en Suisse sans interruption notable pendant 30 jours au moins et y exerce une activité lucrative, ou pendant 90 jours au moins sans y exercer d'activité lucrative⁶². Même si, en vertu de telles dispositions du droit helvétique (ou d'une autre juridiction concernée), la personne intéressée devient résidente de la juridiction, il est peu probable – dans l'hypothèse où une convention fiscale est applicable – que cette personne devienne résidente de la juridiction concernée en vertu des règles de départage de la convention fiscale, telles que déclinées précédemment (foyer d'habitation permanent, centre des intérêts vitaux, nationalité). Une délocalisation temporaire de cette nature ne devrait donc avoir aucune conséquence fiscale dans la plupart des cas⁶³.
- La seconde hypothèse est celle où un individu travaille dans une juridiction (sa « juridiction d'origine actuelle ») et a acquis le statut de résident de ce pays, mais retourne temporairement dans sa « précédente juridiction d'origine » en raison de la situation liée au Covid-19. Soit l'intéressé n'a jamais perdu son statut de résident de sa précédente juridiction d'origine en vertu de la législation nationale dudit pays, soit elle peut retrouver son statut de résident à son retour.

Dans cette hypothèse, il n'est pas évident que l'intéressé retrouve son statut de résident en raison d'une présence temporaire et exceptionnelle dans la précédente juridiction d'origine. Même si l'intéressé est ou devient résident en vertu de telles règles, dans l'hypothèse où une convention fiscale est applicable, il est peu probable qu'il devienne résident de cette juridiction – au regard de la convention fiscale – en raison de cette délocalisation temporaire si ses liens le rattachant à la juridiction d'origine actuelle sont plus forts que ceux qui le lient à la précédente juridiction d'origine⁶⁴. Le séjour passé par le concerné dans sa précédente juridiction d'origine en raison des restrictions aux voyages imposées – dans la foulée des mesures anti-Covid 19 – par l'un des gouvernements des juridictions concernées, ne devrait pas avoir une incidence sur la

⁶² Art. 3 al. 3 LIFD. Voir aussi l'art. 3 LHID.

⁶³ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 39. Il convient de noter que de nombreux pays ont fait des déclarations à ce sujet, affirmant leur volonté de ne pas tenir compte de la présence involontaire de personnes physiques sur leur sol en raison de circonstances d'urgence sanitaire. Il convient toutefois de souligner que ces déclarations restent informelles par nature, et pourraient être ignorées par les autorités fiscales compétentes dès que la situation d'urgence semble s'être apaisée. Voir DORIGO, p. 49. Dans le même sens, AMADDEO, p 105.

⁶⁴ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 43.

résidence de cette personne aux fins de la convention fiscale, c'est-à-dire entraîner de changement du lieu de séjour habituel de l'intéressé. Aussi est-il que, pour déterminer si une personne séjourne de façon habituelle dans une juridiction, l'examen doit porter sur une période suffisamment longue pour permettre d'évaluer la fréquence, la durée et la régularité de séjours qui font partie du rythme de vie normal de la personne⁶⁵.

C. Problématique de la résidence d'une entreprise

1. Position du MC-OCDE

Dans l'hypothèse où une personne morale est considérée comme étant résidente fiscale des deux juridictions contractantes en application d'une convention fiscale, la solution préconisée par l'article 4 para. 3 MC-OCDE est la suivante :

« Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux Etats contractants, les autorités compétentes des Etats contractants s'efforcent de déterminer d'un commun accord l'Etat contractant duquel cette personne est réputée être un résident aux fins de la Convention, eu égard au lieu où se situe son siège de direction effective, au lieu où elle a été constituée en société ou en toute autre forme juridique et à tout autre facteur pertinent. En l'absence d'un tel accord entre les Etats contractants, la personne ne pourra prétendre à aucun des allègements ou exonérations prévus par la Convention sauf dans la mesure et selon les conditions convenues par les autorités compétentes des Etats contractants ».

Cette règle de départage en cas de double résidence préconise une approche consensuelle entre les deux juridictions signataires, tout en tenant compte du critère du lieu du siège de direction effective ou du lieu de constitution en société ou toute autre forme juridique (groupement des personnes), ou encore à un autre facteur pertinent.

Les Commentaires MC-OCDE précisent qu'il sera assez rare en pratique qu'une société/autre groupement des personnes soit assujéti à l'impôt, en raison de sa résidence, dans plus d'une juridiction ; cependant, il est fort possible que cela se produise si une juridiction se base sur le lieu d'enregistrement et l'autre sur le lieu où se trouve la direction effective. D'où l'impératif pour les juridictions de déterminer, par une règle de départage, l'orientation à privilégier⁶⁶. Dès lors, elles devraient tenir compte des facteurs tels que le lieu où les réunions du conseil d'administration de la personne ou de tout autre organe équivalent se tiennent généralement, le lieu où le directeur général et les autres dirigeants exercent généralement leur activité, le lieu où s'exerce la gestion supérieure des affaires

⁶⁵ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 44.

⁶⁶ Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 4 § 21.

courantes de la personne, le lieu où se situe le siège de la personne morale, l'Etat dont la législation régit le statut juridique de la personne morale, le lieu où sa comptabilité est tenue⁶⁷.

Il n'est pas exclu que le télétravail ait un impact sur la localisation de la résidence fiscale d'une société lorsque que son dirigeant travaille depuis son domicile privé ou une résidence secondaire situé dans un Etat différent que l'Etat du siège de la société. Dans ce cadre, si les autres critères déterminants sont remplis (notamment que ce domicile privé ou cette résidence secondaire est l'endroit duquel les dirigeants exercent généralement leur activité), il est envisageable que l'Etat dans lequel le télétravail est exercé l'emporte en tant qu'Etat de résidence. Une telle solution ne doit cependant pas être acceptée trop facilement et requière en particulier une certaine stabilité, fréquence et intensité du télétravail. Ceci ressort en particulier du fait qu'il est nécessaire que cet endroit soit « généralement » le lieu de l'activité des organes dirigeants et non pas uniquement occasionnellement, ou de manière temporaire. Comme on le voit ci-dessous, cette question a été soulevée à l'ère du Covid-19 et traité par l'OCDE.

2. Quelques particularités sous Covid-19

La question topique ici est de savoir si le *home office* effectué par des dirigeants des entreprises serait de nature à impacter sur la détermination du lieu de résidence des personnes morales, c'est-à-dire le lieu de leur administration effective (siège de direction effective).

Au fait, avec les mesures de santé publique prises par plusieurs juridictions du globe, des inquiétudes s'avèrent par rapport au risque de changement du siège de direction effective d'une entreprise en raison de la relocalisation ou de l'incapacité de voyager des membres du conseil d'administration ou autres dirigeants pour tenir les réunions dans le lieu habituel. En conséquence, cette situation pourrait entraîner une modification du lieu (pays) de résidence de l'entreprise en vertu de la législation nationale applicable et avoir des conséquences pour le pays dont l'entreprise est censée être résidente aux fins de la convention fiscale.

Selon la position exprimée par le Secrétariat de l'OCDE, cet état de fait occasionné par la pandémie de Covid-19 est susceptible d'entraîner un changement de résidence d'une entreprise ou tout autre groupement des personnes en vertu d'une convention fiscale. Un tel changement temporaire de localisation des membres du conseil d'administration et autres directeurs généraux ne doit pas entraîner de changement de résidence aux termes de

⁶⁷ Commentaires MC-OCDE, *ad* art. 4 § 24.1.

la convention fiscale⁶⁸. Aussi est-il évident qu'au cas où ce changement éventuel de circonstances pourrait entraîner un problème de double résidence pour l'entreprise, les juridictions contractantes pourraient recourir aux règles de départage prévues par l'article 4 para. 3 MC-OCDE⁶⁹, telles que précisées dans la précédente section de cette contribution. Dès lors, en vue de déterminer le siège de direction effective habituel et ordinaire de l'entreprise, il serait cohérent d'examiner tous les faits et circonstances pertinents, et non seulement ceux qui se rapportent à une période exceptionnelle comme celle de la pandémie du Covid-19⁷⁰.

A notre avis, comme déjà précisé ci-dessus, une telle modification de la résidence fiscale d'une société, qui pourrait déclencher les conséquences fiscales d'un départ de la société (*exit tax*) ne doit pas être acceptée à la légère et doit bien au contraire être refusée si la situation n'est que temporairement modifiée, que cela soit en raison de la situation sanitaire ou d'autres circonstances⁷¹. Il faut en effet que les activités des organes dirigeant soient généralement effectuées depuis cette nouvelle localisation et pas uniquement de manière temporaire.

IV. Télétravail et salariés transfrontaliers

A. Remarques préliminaires

Toujours dans le cadre des règles distributives des compétences entre les juridictions signataires d'une convention fiscale, le MC-OCDE a proposé des solutions pour l'imposition des revenus des travailleurs/salariés transfrontaliers, à savoir ceux qui résident dans une juridiction et travaillent plutôt dans une autre juridiction. Dans cette veine, le principe est posé à l'article 15 para. 1 MC-OCDE, qui stipule :

⁶⁸ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 29. Il convient de noter que, pendant la période de pandémie, plusieurs juridictions avaient annoncé que les réunions télématiques du conseil d'administration ne pourraient pas avoir une incidence sur le lieu de l'administration effective. C'est le cas, notamment, du Luxembourg (<https://guichet.public.lu/fr/actualites/2020/mars/20-coronavirus-mesures-tenue-assemblee-generales.html>, dernier accès le 14 janvier 2022).

⁶⁹ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 31.

⁷⁰ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 35. Dans ce sens, voir également, AMADDEO, p 104.

⁷¹ Alors que les recommandations de l'OCDE en période de pandémie se voulaient une solution temporaire à appliquer pour une période limitée, un nouveau concept de travail gagne du terrain, obligeant les gouvernements à réfléchir sur le long terme pour faire face aux nouveaux besoins des contribuables. Dans ce sens, voir également TONGE, p. 40.

« 1. Sous réserve des dispositions des articles 16, 18 et 19, les salaires, traitements et autres rémunérations similaires qu'un résident d'un Etat contractant reçoit au titre d'un emploi salarié ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'emploi ne soit exercé dans l'autre Etat contractant. Si l'emploi y est exercé, les rémunérations reçues à ce titre sont imposables dans cet autre Etat ».

Les revenus qui sont visés dans cette disposition sont ceux issus de l'activité dépendante, à l'exception des rémunérations des membres du conseil d'administration ou de surveillance d'une société, les revenus des artistes et sportifs, les pensions privées, les rémunérations de la fonction publique (ainsi que les pensions dans ce secteur), les revenus des étudiants, quand bien même les dispositions applicables à tous ces revenus (art. 15 à 19 MC-OCDE) forment – d'un point de vue systématique – une « unité et l'art. 15 al. 1 MC-OCDE contient la règle de base »⁷².

Les revenus sont imposés dans la juridiction où l'emploi salarié est effectivement exercé, c'est-à-dire à l'endroit où le salarié est physiquement présent lorsqu'il exerce les activités au titre desquelles les revenus liés à l'emploi sont payés. Le moment et le lieu du paiement de la rémunération ne sont pas déterminants⁷³. En conséquence, un résident d'une juridiction contractante qui perçoit une rémunération, au titre d'un emploi salarié, de sources situées dans l'autre juridiction contractante, ne peut être imposé dans cette autre juridiction en raison de cette rémunération du seul fait que les résultats de ce travail sont exploités dans cette dernière juridiction⁷⁴.

Le principe sous examen s'applique ainsi à un salarié qui télétravaille à partir de son domicile situé dans une juridiction, pour le compte d'un employeur situé dans une autre juridiction. Dans cette hypothèse, c'est la première juridiction (du domicile) qui sera compétente pour imposer les revenus, pour autant que c'est dans celle-ci où l'emploi est effectivement exercé. Ainsi, le *home office* apparaît comme très déterminant pour la désignation de la juridiction dans laquelle l'emploi est effectivement exercé.

Certes l'article 15 para.1 MC-OCDE, tel que prérappelé, constitue la règle générale au sujet de l'imposition des revenus de l'activité dépendante, cependant des exceptions sont également énoncées aux paragraphes 2 et 3 du même article, et affermissent la possibilité pour l'une ou l'autre juridiction contractante d'imposer lesdits revenus. Il s'agit de la

⁷² DE VRIES, Droit fiscal international, p. 214 et s.

⁷³ DE VRIES, Droit fiscal international, p. 215.

⁷⁴ Commentaires MC-OCDE, *ad* art. 15 § 1.

clause dite « du monteur » et l'emploi exercé à bord d'un navire ou d'un aéronef⁷⁵. Dans le cadre de cette contribution, il ne sera fourni quelques détails qu'en rapport avec la clause du monteur, dont la systématique pose également quelques inquiétudes en rapport avec le télétravail.

B. Clause du monteur

1. Considérations générales

La clause du monteur cristallisée à l'article 15 para. 2 MC-OCDE matérialise une exception au principe de l'imposition dans la juridiction du lieu d'exercice de l'emploi salarié, faisant en sorte que la juridiction du domicile de l'employé puisse conserver la compétence exclusive d'imposer la rémunération, quand bien même celle-là reste potentiellement compétente. Voici la formulation exacte de ladite exception :

« Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les rémunérations qu'un résident d'un Etat contractant reçoit au titre d'un emploi salarié exercé dans l'autre Etat contractant ne sont imposables que dans le premier Etat si :

- a) le bénéficiaire séjourne dans l'autre Etat pendant une période ou des périodes n'excédant pas au total 183 jours durant toute période de douze mois commençant ou se terminant durant l'année fiscale considérée, et
- b) les rémunérations sont payées par un employeur, ou pour le compte d'un employeur, qui n'est pas un résident de l'autre Etat, et
- c) la charge des rémunérations n'est pas supportée par un établissement stable que l'employeur a dans l'autre Etat »⁷⁶.

Le but ultime de ce paragraphe est de simplifier l'imposition en cas d'activité transfrontalière temporaire⁷⁷, empêchant l'autre juridiction contractante d'imposer le revenu de l'emploi résultant du travail de l'employé dans la juridiction de source pour une courte période⁷⁸. Pour ce faire, la rémunération n'est pas admise comme une dépense

⁷⁵ En guise de précision, le paragraphe 3 relatif à l'emploi exercé à bord d'un navire ou d'un aéronef est ainsi libellé : « Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, les rémunérations reçues par un résident d'un Etat contractant au titre d'un emploi salarié, en tant que membre de l'équipage régulier d'un navire ou aéronef, exercé à bord d'un navire ou d'un aéronef exploité en trafic international, à l'exception d'un emploi exercé à bord d'un navire ou d'un aéronef exploité uniquement dans l'autre Etat contractant ne sont imposables que dans le premier Etat ».

⁷⁶ Art. 15 al. 2 MC-OCDE.

⁷⁷ DE VRIES, Droit fiscal international, p. 220.

⁷⁸ DANON, p. 186.

déductible dans la juridiction de la source du fait que l'employeur – n'étant pas résident de cet Etat et n'y disposant pas d'un établissement stable – n'est pas soumis à l'impôt dans cet Etat⁷⁹. Les trois conditions négatives énoncées ci-dessus sont cumulatives⁸⁰, mais dans le cadre de cette contribution nous nous limiterons à clarifier le test de 183 jours en rapport avec quelques inquiétudes suscitées par le télétravail ainsi que, de manière singulière, la pandémie de Covid-19.

2. Test de 183 jours et Covid-19

Le test sous revue signifie que si les services fournis par l'employé dans la juridiction de la source couvrent une période inférieure à 183 jours, le droit de taxer demeure à l'Etat de résidence⁸¹. En d'autres termes, dès l'instant où la limite de 183 jours est dépassée, c'est-à-dire à partir du 184^e jour, la juridiction d'activité pourra imposer la totalité des rémunérations à dater du premier jour d'activité et indépendamment des deux autres conditions⁸². Selon les Commentaires MC-OCDE, la méthode de calcul de ce test est le nombre de « jours de présence physique » et non pas le nombre de jour de travail accompli sur le sol de l'Etat d'activité, car il est simple de savoir si « une personne est soit présente dans un pays, soit absente dans ce pays ». En plus, il est facile pour la personne de fournir les preuves de sa présence dans ce pays lorsqu'elles lui sont demandées par l'administration fiscale⁸³.

Ce test de 183 jours est particulièrement congruent dans le cadre d'un contrat de travail à distance, où l'emploi est essentiellement exercé au *home office* de l'employé situé dans une juridiction contractante, avec des possibilités des courts séjours de travail au siège de l'entreprise situé dans l'autre juridiction contractante uniquement pour des réunions de travail ou pour recevoir des orientations spécifiques, comme une formation par exemple. Concrètement, tel serait le cas d'un employé domicilié en Suisse et qui travaille à distance pour un employeur situé en Allemagne, et que le contrat de travail stipule que l'employé se rendra chaque mois en Allemagne pour des séances de travail ou de formation de cinq jours. Au bout de douze mois (année fiscale), cet employé aura totalisé 60 jours seulement de séjour en Allemagne (et donc moins de 183 jours). Ainsi, c'est la Suisse qui demeurera compétente pour imposer les revenus issus de ce contrat de travail, dont la source est pourtant située en Allemagne.

Par ailleurs, avec la crise sanitaire du Covid-19, les restrictions des mouvements des personnes ont certainement eu un impact sur le test de 183 jours, dans la mesure où certains

⁷⁹ Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 15 § 6.2.

⁸⁰ DA COL, p. 275.

⁸¹ DA COL, p. 275 ; SCHREIBER/HONOLD/JAUN, N 13 s. *ad art.* 5, *in* : Zweifel/Beusch/Matteotti, *Kommentar zum Internationalen Steuerrecht*.

⁸² DE VRIES, *Droit fiscal international*, p. 221.

⁸³ Commentaires MC-OCDE, *ad art.* 15 § 5.

travailleurs ont été contraints de séjourner au moins pendant 184 jours dans certaines juridictions où les mesures d'interdiction de voyage les ont trouvés. A cet effet, le Secrétariat de l'OCDE a identifié particulièrement trois situations en rapport avec l'article 15 para. 2 MC-OCDE, à savoir : (i) les subventions salariales et revenus similaires perçus par des travailleurs frontaliers qui ne peuvent pas exercer leurs activités en raison des restrictions ; (ii) le travailleur qui se retrouve bloqué dans une juridiction dans laquelle il n'est pas résident mais où il a exercé auparavant un emploi ; et (iii) le travailleur qui télétravaille depuis une juridiction pour un employeur qui est résident d'une autre juridiction⁸⁴. Concernant singulièrement la dernière hypothèse, elle peut s'illustrer de la manière ci-après :

« Avant la pandémie de Covid-19, un employé résident d'une Juridiction A exerçait habituellement son emploi dans une Juridiction B. Cet employé a commencé à exercer son emploi depuis la Juridiction A en raison de la pandémie de Covid-19. Conformément à l'article 15 : si l'employeur était résident de la Juridiction B, cette dernière est en droit d'imposer les revenus perçus durant la période au cours de laquelle l'employé avait une présence physique dans la Juridiction B (diminution des droits d'imposition de la Juridiction B) ; si l'employeur n'était pas résident de la Juridiction B ou ne supportait pas le coût de la rémunération de cet employé par l'intermédiaire d'un établissement stable dans cette juridiction, il est probable que la Juridiction B perde le droit d'imposition conféré par une convention si l'employé y a séjourné moins de 183 jours (perte complète des droits d'imposition de la Juridiction B) »⁸⁵.

Ce *casus* illustratif du travail à distance depuis une juridiction pour un employeur d'une autre juridiction, révèle que les changements de juridiction dans laquelle un employé exerce son emploi peuvent avoir une incidence sur le lieu d'imposition des revenus d'emploi. En effet, il s'avère que de nouveaux droits d'imposition sur les revenus d'un employé peuvent naître dans d'autres juridictions et se substituer aux droits d'imposition existants. Dans la mesure où les impôts sur les salaires sont souvent retenus à la source⁸⁶, l'application de ce changement se traduira par un accroissement des coûts de conformité

⁸⁴ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 48.

⁸⁵ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 61.

⁸⁶ Comme c'est parfois le cas en Suisse par exemple. En effet, le droit suisse prévoit une imposition à la source (« *Quellensteuer* ») de certains types de revenus : d'une part, les travailleurs étrangers domiciliés ou en séjour en Suisse sans être au bénéfice d'un permis d'établissement sont imposés à la source sur le revenu de leur activité lucrative dépendante (art. 83 ss LIFD) ; et d'autre part, certaines personnes qui ne sont pas domiciliées en Suisse et qui perçoivent certains revenus de Suisse sont également imposées à la source sur les revenus ainsi obtenus (art. 91 ss LIFD). Pour plus de détails, voir OBRIST, p. 185.

et des charges administratives⁸⁷. Clairement, des difficultés pratiques se révéleraient aussi bien pour les employeurs que pour les employés, au regard du respect de leurs obligations : les premiers sont généralement tenus d'effectuer des retenues à la source qui ne seraient dès lors plus justifiés par un droit d'imposition sous-jacent, avec pour conséquence la suspension ou le remboursement desdites retenues à l'employé ; tandis que les seconds (employés) seraient de leur côté redevables, dans leur juridiction de résidence, d'un montant d'impôt nouveau ou supplémentaire, impliquant *ipso facto* des obligations déclaratives complémentaires⁸⁸.

V. Conclusion

Le présent article nous a permis de constater que le télétravail remet en question l'équilibre de la répartition conventionnelle du droit de taxer les revenus des entreprises mais aussi les revenus du travail salarié. Ce phénomène généré par l'emploi de technologies informatiques et qui a connu un important essor pendant la crise du Covid-19 peut également avoir un impact sur la localisation de la résidence fiscale des personnes physiques et des personnes morales. En créant un rattachement à une collectivité publique en raison d'une activité professionnelle exercée au domicile principal ou dans une résidence secondaire d'une personne physique, les conventions de double imposition attribuent un droit de taxer à un Etat nouvellement désigné comme l'Etat de la source ou l'Etat de résidence. Ce nouveau phénomène peut être appréhendé par la voie de l'interprétation sans qu'il soit nécessaire à notre avis de modifier les conventions de double imposition.

Afin de ne pas créer trop d'incertitudes génératrices de potentielles doubles impositions, nous avons cherché dans la présente contribution à insister sur le fait que le télétravail ne peut déclencher un droit de taxer que s'il présente une certaine stabilité et fréquence. Un télétravail occasionnel, ou provoqué par des circonstances très particulières telles qu'une pandémie ou une autre crise indépendante du contribuable concerné, ne devrait pas remettre en cause la répartition du droit de taxer.

⁸⁷ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 63. En effet, cette situation délicate a nécessité (et nécessite toujours) une coopération intensive entre Etats et une analyse ponctuelle et individuelle des dossiers des contribuables. Dans ce sens, voir également DORIGO, p. 47 ; BERNASCONI/ AMADDEO, pp. 75 s. Pour un approfondissement des accords amiables conclus par la Suisse avec les Etats voisins, voir MATTEOTTI/GASSMANN/FELDER, pp. 544 s.

⁸⁸ OCDE, Conventions fiscales et Covid-19, § 60.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- AMADDEO FRANCESCA, La guida (aggiornata) dell'OCSE sull'applicazione dei trattati nel periodo COVID-19, *in* : *Novità Fiscali*, 2/2021, pp. 101-108.
- BALABAN BRANKO/METZGER MARKUS, Coronavirus : conséquence de la pandémie sur l'imposition des personnes physiques, *in* : *Expert Focus*, 10/2020, pp. 749-753.
- BAUEN MARC/GANI RAPHAËL, La fiscalité internationale des Etats-Unis, Zurich 2008.
- BERNASCONI MARCO/AMADDEO FRANCESCA, Il regime fiscale dei lavoratori frontalieri a fronte delle misure di emergenza Covid-19, *in* : *Novità Fiscali*, 3/2020, pp. 73-77.
- BURKHALTER NATASSIA, Cohérence internationale de l'imposition des entreprises. Analyse au regard du projet de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices de l'OCDE (projet BEPS), thèse Lausanne 2017.
- CASTAGNEDE BERNARD, Précis de fiscalité internationale, Paris 2015.
- CASTELLON MARTA, International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions – Development, Practice and Policy, The Hague 2018.
- CORDEIRO ROBERTO/DORIGO STEFANO, Le norme tributarie italiane relative a fattispecie con elementi di estraneità, *in* : Cordeiro Guerra (édit.), *Diritto tributario internazionale – Istituzioni*, pp. 485 ss.
- DA COL PHILIPPE, La « clause du monteur » selon l'article 15 (2) du Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE, *in* : *Revue de Droit Administratif et de Droit Fiscal*, 4/2014, pp. 273-308.
- DANON ROBERT, La notion d'employeur au sens de l'art. 15(2)(b) MC OCDE – Analyse critique du commentaire OCDE et impact sur les CDI suisses, *in* : *IFF Forum für Steuerrecht* 2012, pp. 85-102.
- DE VRIES REILINGH DANIEL, La double imposition intercantonale, Berne 2013 (cité : DE VRIES, Double imposition).
- DE VRIES REILINGH DANIEL, Manuel de droit fiscal international. Introduction aux Conventions de double imposition (CDI) sur la base du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE, Berne 2014 (cité : DE VRIES, Manuel de droit fiscal international).
- DORIGO STEFANO, Emergenza sanitaria e trattati contro le doppie imposizioni, *in* : *Novità Fiscali*, 2/2020, pp. 45-49.
- HUYLEBROUCK CHARLES, Mise en perspective de la notion de « résidence » en droit fiscal international, *in* : Traversa/Richelle (édit.), *Fiscalité internationale en Belgique – Tendances récentes*, Bruxelles 2013, pp. 7-97.
- KALONJI TRÉSOR-GAUTHIER, Manuel de fiscalité et financement des entreprises, Saint-Ouen 2021.
- MATTEOTTI RENÉ/GASSMANN GREGOR/FELDER VALERIA, Entwicklungen im Steuerrecht | Le point sur le droit fiscal, *in* : *RSJ*, 117/2021, pp. 541-548.
- OBERSON XAVIER, Précis de droit fiscal international, Berne 2014.
- OBRIST THIERRY, Introduction au droit fiscal suisse, Bâle 2018.

- OCDE, Mise à jour des orientations sur les conventions fiscales et impact de la pandémie de Covid-19, Paris, janvier 2021 (cité : OCDE, Conventions fiscales et Covid-19).
- OCDE, Modèle de Convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune, Paris 2017 (cité : MC-OCDE).
- OCDE, Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, Paris 2010 (cité : OCDE, Attribution de bénéfices).
- ONU, Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement (Révision de 2011), New York 2015 (cité : MC-ONU).
- RIU ISABELLE, Sociétés et établissements stables en droit fiscal international et de l'Union Européenne, Paris 2012.
- RYSER WALTER/ROLI BERNARD, Précis de droit fiscal suisse (impôts directs), Berne 2002.
- SNOUSSI MOUNIR, Les stratégies juridiques des sociétés transnationales : L'exemple des prix de transfert, *in* : Revue internationale de droit économique, 3/2003, Tome XVII, pp. 443-469.
- TONGE RICHARD, Global Mobility During a Global Pandemic, Tax Executive, mai-juin 2021, pp. 36-43.
- TRAVERSA EDOARDO/ZEYEN GAËTAN, Recent Trends in Belgium's International Tax Policy, *in* : Brown (édit.), Taxation and Development – A Comparative Study, Cham 2017, pp. 43-65.
- VOGELSANG Marc, Betriebsstättenbegriff des OECD-Musterabkommens, *in* : Reich/Simonek, Der Begriff der Betriebsstätte im schweizerischen und internationalen Steuerrecht, Zurich/Bâle/Genève 2015, pp. 94-127, 212-240.
- ZWEIFEL MARTIN/BEUSCH MICHAEL/MATTEOTTI RENÉ (édit.), Kommentar zum Internationalen Steuerrecht, Bâle 2015 (cité : CONTRIBUTEUR, N X *ad* art. X, *in* : Zweifel/Beusch/Matteotti, Kommentar zum Internationalen Steuerrecht).

GUYLAINE RIONDEL BESSON

Les enjeux du télétravail transfrontalier en matière de droit du travail et de sécurité sociale

Sommaire	Page
I. Introduction	213
II. Les implications du télétravail transfrontalier en matière de droit du travail	215
A. Les aspects du télétravail au niveau européen, français et suisse	215
B. La loi applicable au contrat de travail	217
1. La loi applicable à défaut de choix	217
2. Les normes impératives	218
III. Les implications du télétravail transfrontalier en matière de sécurité sociale	222
A. L'unicité de la législation applicable et la <i>lex locis laboris</i>	223
B. Les exceptions aux principes de la <i>lex locis laboris</i>	225
1. Le détachement	225
2. L'exercice d'activités dans plusieurs Etats membres	226
3. Les conséquences en matière de télétravail transfrontalier dans les relations franco-suisse	227
C. La pérennisation du télétravail transfrontalier	230
1. La non-discrimination	230
2. Pistes de réflexion	231
IV. Conclusion	233
Bibliographie	235

I. Introduction

Le télétravail des frontaliers est au cœur de bien des discussions avec son lot d'incertitudes et d'insécurité juridiques. Il s'est particulièrement développé depuis mars 2020 dans un contexte de crise sanitaire. Afin de lutter contre la propagation du Covid-19, des mesures ont été prises par les Etats dans le but de limiter la présence physique des travailleurs sur leur lieu d'activité. Dans ce contexte, les Etats se sont entendus afin d'aménager les conséquences du télétravail transfrontalier tant en matière sociale que fiscale.

La France partage ses frontières terrestres avec huit pays¹. Plus de 360'000 personnes résident en France et travaillent à l'étranger. Les habitants des pays limitrophes, quant à eux, sont bien moins nombreux à venir travailler en France. En novembre 2021, selon les données de l'Office fédéral de la statistique, la Suisse accueille plus de 348'000 frontaliers². Sur les 203'400 personnes effectuant des déplacements domicile-travail entre la France et la Suisse recensés début 2018, le canton de Genève en reçoit à lui seul la moitié³.

Il est probable qu'avant le début de la pandémie, la pratique du télétravail transfrontalier existait mais était peu répandue. Avec l'expérience, employés et employeurs mesurent le potentiel de cette nouvelle organisation du travail dans un monde de plus en plus numérisé. En dehors de toute crise sanitaire, le télétravail transfrontalier pourrait devenir permanent, répondant à la fois à une demande des salariés et des employeurs ainsi qu'aux défis environnementaux grâce à une diminution des trajets domicile-lieu de travail.

Pour autant, le télétravail transfrontalier ne constitue pas un statut propre à certains employés, ni un régime juridique autonome ou distinct. Il s'agit d'une forme d'organisation du travail qui se développe et qui suscite des interrogations sur le plan juridique, notamment dans un cadre transnational tant du point de vue du droit du travail que de la sécurité sociale ou encore de la fiscalité⁴.

La présente contribution se limite aux aspects de droit du travail et de sécurité sociale, plus particulièrement dans le cadre des relations franco-suisse et concerne uniquement les frontaliers. Le terme « travailleur frontalier » désigne toute personne qui exerce une activité salariée et non salariée dans un Etat membre et qui réside dans un autre Etat membre où elle retourne, en principe, chaque jour ou au moins une fois par semaine⁵.

¹ Belgique, Luxembourg, Allemagne, Suisse, Italie, Monaco, Espagne, et Andorre.

² <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/enquetes/staf.assetdetail.19444819.html> (consulté le 27 décembre 2021).

³ Observatoire statistique transfrontaliers, actualités au 7 décembre 2021, <https://www.ge.ch/statregio-francosuisse/welcome.asp> (consulté le 20 décembre 2021).

⁴ Sur les implications du télétravail transfrontaliers en matière de fiscalité des frontaliers et de qualification d'établissement stable en France par un agent dépendant voir RIONDEL BESSON, pp. 245 s.

⁵ Art. 1 f) Règlement (CE) n° 883/2004.

II. Les implications du télétravail transfrontalier en matière de droit du travail

A. Les aspects du télétravail au niveau européen, français et suisse

Au niveau de l'Union européenne, le télétravail fait l'objet d'un accord-cadre qui a été conclu le 16 juillet 2002 par les partenaires sociaux européens⁶. Cet accord s'applique aux Etats membres de l'Union européenne, de l'Espace Economique Européen et aux pays de l'Europe centrale et orientale (PECO).

Cet accord est non contraignant, ce qui laisse ainsi à chaque Etat membre le choix de le transposer dans sa législation interne. Il définit le télétravail « comme une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, 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 »⁷.

Cet accord établit un cadre général en matière de condition de travail des télétravailleurs. Il concilie à la fois les besoins de sécurité et de flexibilité des employeurs et des salariés.

Les principes communs relatifs aux déploiements du télétravail posés par l'accord-cadre concernent : le caractère volontaire du télétravail, les conditions d'emploi des télétravailleurs, la protection des données, le domaine de la vie privée, les équipements nécessaires pour l'exercice du télétravail, les conditions requises en matière de santé au travail, l'organisation du temps de travail, la formation et les droits collectifs des télétravailleurs.

Au niveau français, le télétravail est codifié aux art. L.1222-9 à L.1222-11 du Code du travail. Selon le 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 »⁸.

⁶ L'Accord cadre a été conclu par la Confédération Européenne des Syndicats (CES), l'Union des Confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE), l'Union Européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME) et le Centre européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics (CEEP).

⁷ Accord cadre européen conclu le 16 juillet 2002 sur le télétravail, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=URISERV:c10131&from=FR> (consulté le 20 décembre 2021).

⁸ Art. L.1222-9 al.1 du Code du travail.

Le télétravail est mis en place dans le cadre d'un accord collectif ou d'une charte élaborée par l'employeur après avis du comité social et économique (CSE) qui est l'instance de représentation du personnel dans l'entreprise. En l'absence de charte ou d'accord collectif, lorsque l'employeur et le salarié conviennent de recourir au télétravail, ils formalisent leur accord par tout moyen.

Il existe deux sortes de télétravail :

- le travail régulier qui permet d'avoir une régularité dans l'emploi du temps. Ce dispositif est précisé dans l'accord collectif ou dans la charte élaborée par l'employeur après avis de l'instance de représentation du personnel si elle existe ;
- le télétravail occasionnel qui permet, dans des circonstances exceptionnelles, telle qu'une épidémie par exemple, de mettre en place ce dispositif. Dans ces circonstances, le télétravail peut être imposé sans l'accord des salariés. Cette disposition s'applique également en cas de force majeure. Ces mesures peuvent être prises pour permettre la continuité de l'activité et garantir la protection des travailleurs.

Au niveau suisse, la législation est peu développée en matière de télétravail. Ni le Code des obligations, ni la loi sur le travail n'évoquent, de façon explicite, la forme de travail que représente le télétravail. Il n'existe pas de définition légale. Les dispositions en vigueur de ces deux lois s'appliquent, par analogie, au télétravail à domicile. Le droit public en mentionne la possibilité au travers de simples directives, tant au niveau fédéral que cantonal.

Dans son rapport de 2016, le Conseil fédéral définit le télétravail comme étant « un travail à distance réalisé à l'aide de moyens de télécommunication, qui peut également être accompli dans les locaux de l'organisation, effectué en principe de manière régulière »⁹. Il est donc, avant tout, envisagé pour des activités exécutables à l'aide d'un ordinateur qui ne nécessite qu'une connexion électronique à distance.

De son côté, le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) précise que « *Par télétravail on entend tout travail qu'un travailleur effectue partiellement ou dans sa totalité, régulièrement ou irrégulièrement, depuis chez lui. Le terme de télétravail tout seul recouvre, quant à lui, toutes les situations où les salariés travaillent en dehors des locaux principaux de l'entreprise. Dans le cas du télétravail à domicile, le poste de travail domestique est normalement connecté avec le poste de travail de l'entreprise par un ou des moyens de communications électroniques* »¹⁰.

⁹ Rapport du Conseil fédéral du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, Conséquences juridiques du télétravail, pp. 7 ss, p. 12, N 3.5.

¹⁰ SECO, Home office, p. 4.

L'Union patronale suisse (UPS) de concert avec ses associations membres de Suisse romande a publié un modèle de convention de télétravail le 15 octobre 2020¹¹.

Qu'il s'agisse de l'Union européenne, de la France ou de la Suisse, les principaux éléments caractérisant le télétravail restent identiques quelles que soient les définitions retenues. Nous soulignons, plus particulièrement, que les tâches effectuées en télétravail, hors des locaux de l'employeur, doivent être des activités pouvant être réalisées dans les locaux de l'entreprise¹². A notre sens, cette caractéristique permet de distinguer, ainsi, le télétravail du détachement et de la pluriactivité traditionnelle.

B. La loi applicable au contrat de travail

Le Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 (Rome I) qui intègre, dans l'acquis communautaire, la convention de Rome n° 80/934/CEE du 19 juin 1980, fixe les principes suivants :

- les parties peuvent choisir librement la loi applicable au contrat de travail ;
- la loi désignée par les parties ne peut priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogées par accord en vertu de la loi applicable à défaut de choix¹³.

1. La loi applicable à défaut de choix

En cas de conflits de loi, en l'absence de choix effectué par les parties, l'art. 8 § 2 détermine précisément les critères applicables. Il reprend les règles antérieurement posées par la Convention de Rome avec, toutefois, certaines modifications. En effet, selon l'art. 6 § 2 Rome I lorsque la loi applicable au contrat n'a pas été choisie, le contrat est régi par :

- la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Ceci vaut, y compris, si le travailleur est détaché à titre temporaire dans un autre pays où si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays ;
- la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur ;
- la loi d'un autre pays s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec cet autre pays.

¹¹ Modèle de convention de télétravail https://cdn.arbeitgeber.ch/production/uploads/2020/10/1a2_Convention-de-teletravail_FR.pdf (consulté le 1^{er} décembre 2021).

¹² Pour plus de détails sur le télétravail dans le cadre du contrat de travail, voir DUNAND/MAHON, pp. 161 s.

¹³ Art. 8 § 1 Règlement (CE) n° 593/2008.

La place du critère d'embauche est désormais subsidiaire puisqu'il est pris en compte uniquement si le recours au lieu d'exécution du contrat ne permet pas de déterminer la loi applicable. L'adjonction du critère « pays à partir duquel s'exécute le travail » est destiné à prendre en compte les situations où la prestation de travail ne s'exécute pas dans un pays unique. La CJUE est venue apporter des précisions sur les deux premiers critères de l'art. 8 § 2.

Ainsi, dans l'hypothèse où le travailleur exerce ses activités dans plusieurs Etats, le critère où il accomplit habituellement son travail doit être considéré comme prioritaire et être interprété de façon large. Il s'agit du pays à partir duquel, compte tenu de l'ensemble des éléments qui caractérise l'activité, le travailleur s'acquitte de l'essentiel de ses obligations¹⁴. La détermination concrète de ce lieu dépend des éléments de fait de chaque espèce¹⁵. L'arrêt *Mulox*, relatif à une forme de télétravail, concerne un salarié qui exécute sa mission à partir d'un bureau situé à son domicile en France¹⁶. C'est à partir de son domicile qu'il exerce ses activités et où il revient après chaque déplacement professionnel. La Cour considère que l'intéressé réalise principalement son obligation contractuelle dans le pays où il a sa résidence.

Le critère du siège de l'établissement qui a embauché le travailleur ne peut s'appliquer qu'à titre subsidiaire si le juge saisi n'est pas en mesure de déterminer le pays d'accomplissement habituel du travail¹⁷.

Dans le Règlement (CE) n° 593/2008, il est question de lieu habituel du travail plutôt que de l'exercice de l'activité salariée comme retenue dans le règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale. A cet effet, l'art. 8 § 2 précise que le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays.

Concernant le télétravail transfrontalier, si celui-ci s'inscrit dans la durée, la résolution du conflit de loi dépendra des circonstances de fait et notamment du point de savoir si le salarié travaille exclusivement à son domicile ou partage son temps de travail entre ce lieu et l'entreprise¹⁸.

2. Les normes impératives

Avec le développement du télétravail transfrontalier, les parties ont tout intérêt à s'accorder sur la loi applicable au contrat conclu dès l'origine ou à l'occasion d'un avenant.

¹⁴ CJUE, 15 mars 2011, n° C-29/10, *Koelzsch c/ Luxembourg*, in : RJS 6/11 n° 568.

¹⁵ CJUE, 9 janvier 1997, n° C-383/95, *Rutten c/ Cross Medical Ltd*.

¹⁶ CJUE, 13 juillet 1993, n° C-125/92, *Mulox IBC Ltd c/ Hendrick Geels*.

¹⁷ CJUE, 15 décembre 2011, n° C-384/10, *Voogsgeerd c/ Navimer SA*, in : RJS 4/12 n° 401.

¹⁸ Art. 8 § 1 Règlement (CE) n° 593/2008.

Toutefois, le choix des parties ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogées par accord en vertu de la loi, qui à défaut de choix, aurait été applicable.

Au sens de l'art. 9 du Règlement (CE) n° 593/2008, les lois de police constituent une « *disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat* ».

Le contrat de travail ne peut donc pas porter atteinte à l'application des lois de police¹⁹. Toutefois, le périmètre des lois de police est plus restreint que celui des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord mentionné à l'art. 8 du règlement Rome I, la CJUE ayant jugé que « en tant que dérogatoire, l'art. 9 dudit règlement est d'interprétation stricte »²⁰.

Les dispositions impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger sont non seulement des dispositions relatives au contrat de travail proprement dit, mais également celles concernant l'hygiène, la sécurité des travailleurs qui peuvent être qualifiées, dans certains Etats, de dispositions de droit public.

Le contrat de travail sera ainsi gouverné par deux lois : celle des parties et celle des dispositions dites « non dérogeables », objectivement applicable qui garantissent au salarié un seuil minimum de protection²¹.

En France, les règles relatives à la protection contre le licenciement des salariés investis de fonctions représentatives du personnel, le droit de grève et l'interdiction d'embaucher, de conserver à son service ou d'employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France ont été considérées comme lois de police²².

Dans une affaire concernant une entreprise suisse qui avait permis à un de ses employés de télétravailler à son domicile en France, la Cour de cassation a jugé que « le travailleur se trouvait dans une situation de travail dissimulé. En effet, les démarches et déclarations relatives à des contrats de travail et emplois, régis par le droit applicable en Suisse, accomplies par l'employeur auprès des autorités et organismes sociaux compétents dans ce pays, ne dispensant pas celui-ci d'effectuer, en France, les déclarations préalables aux

¹⁹ Sur les critères concernant les lois de police voir GAUDEMET-TALLON, p. 261.

²⁰ CJUE, 18 octobre 2016, n° C-135/15, *Republik Griechenland c/ G. Nikiforidis*.

²¹ MOREAU, p. 23.

²² Respectivement : Cass. ass. plén., 10 juillet 1992, n° 88-40.672, Cass. soc., 8 octobre 1969, n° 68-40.468 et CE, 17 juin 2019, n° 417837.

embauches des salariés concernés, dont les responsables et supérieurs hiérarchiques n'ignoraient pas qu'ils étaient domiciliés dans ce pays et allaient, pour l'essentiel de leur temps, y exercer leurs activités professionnelles »²³.

Dans une affaire concernant le licenciement d'un salarié, l'employeur faisait valoir que la loi choisie par les parties était la loi suisse et, en tout état de cause, à défaut de choix le contrat de travail devait être régi par la loi du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. Il soutenait que les circonstances rattachaient le contrat à la Suisse en raison de liens plus étroits (affiliation de la salariée aux organismes d'assurance suisse, lieu de conclusion du contrat, lieu du siège social de l'entreprise, déplacements et séjours réguliers et prolongés de la salariée en Suisse, paiement du salaire en francs suisses). La Cour de cassation fait ressortir que la loi française offrait davantage de protection à la salariée que la loi suisse, notamment en matière de durée du travail et de rupture du contrat de travail. En présence de dispositions impératives plus protectrices pour la salariée, c'est la loi du lieu habituel du travail qui doit s'appliquer, en l'espèce, la loi française²⁴.

Si le télétravail transfrontalier a vocation à se maintenir en dehors de la pandémie, la résolution des conflits dépendra des circonstances de fait et notamment de déterminer si le frontalier travaille exclusivement à son domicile ou partage son temps de travail entre son domicile et son entreprise et dans quelle proportion.

Dans l'hypothèse où la loi française constitue la loi objective au titre du télétravail exercé au domicile en France, deux situations doivent être distinguées :

- le contrat de travail est silencieux sur la loi applicable : la loi française s'applique en intégralité ;
- le contrat de travail stipule la loi de l'autre pays (Suisse), les deux lois gouverneront la relation de travail, la loi française étant applicable pour tout ce qui concerne les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord dès lors qu'elles sont plus protectrices²⁵.

On peut ainsi en conclure qu'un frontalier dont l'entreprise se situe en Suisse et qui télétravaille en France peut se prévaloir du droit français du licenciement si la France est considérée comme le lieu habituel de travail et sous réserve que la loi française soit plus protectrice.

Dans l'hypothèse où le frontalier n'effectue pas la partie la plus significative de son emploi à partir de son domicile en France mais qu'il partage son temps de travail entre son

²³ Cass. crim., 12 mars 2019, n° 17-80-744, *F.D, Sté Banque Syz & Co.*

²⁴ Cass. soc., 28 janvier 2015, n° 13-14.315, *Sté Atelier Théo Ballmer c/ V*, in : RJS 4/15 n° 240.

²⁵ LHERNOULD, § 14.

domicile et l'entreprise qui l'emploie située en Suisse, à raison, par exemple d'un jour par semaine, la question du respect du noyau dur du droit du travail français doit-elle se poser ? Ces dispositions concernent, notamment, la protection de la maternité, les congés de maternité et de paternité, la durée du travail, les repos compensateurs, les congés annuels payés, les règles relatives à la santé et ne sont applicables que dans la mesure où elles sont plus favorables que celles relevant du contrat de travail ou de la législation du pays d'emploi.

Ce noyau dur est défini dans la directive de 1996 concernant le détachement de travailleurs²⁶. La notion de détachement de travailleurs trouve à s'appliquer lorsqu'il y a prestations de services transnationale²⁷. Or, de notre point de vue, le télétravail transfrontalier ne s'apparente pas à un détachement au sens du droit du travail puisqu'il n'existe pas de prestations de services conclues entre entreprises. Il s'agit simplement d'un aménagement du contrat de travail de l'intéressé qui lui permet de réaliser une partie de sa prestation de travail à domicile. Dans le cadre du télétravail, le frontalier n'exécute pas une prestation de services en France.

L'art. L.1262-1 du Code du travail français prévoit un type de détachement particulier qui est le détachement pour compte propre. S'il est vrai que ce détachement ne nécessite pas de contrat entre l'employeur et un destinataire, il implique toutefois qu'il y ait une mission temporaire à exercer dans un autre Etat que celui de l'employeur. En matière de détachement pour compte propre, le destinataire de la prestation est l'employeur lui-même. Il pourra s'agir, par exemple, d'un journaliste d'une entreprise suisse qui viendrait couvrir un évènement particulier dans un Etat de l'Union européenne.

Le télétravail ne recouvre pas la même réalité puisqu'il ne s'agit pas de l'intervention d'une entreprise suisse en France, mais d'une simple modalité d'aménagement du contrat de travail. Dès lors, les dispositions du noyau dur du Code du travail français ne nous paraissent pas applicables.

²⁶ Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services. Voir également, directive 2014/67/UE du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE, directive (UE) 2018/957 du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

²⁷ Art. 1 de la Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996.

III. Les implications du télétravail transfrontalier en matière de sécurité sociale

La protection des travailleurs se déplaçant à l'étranger pour y exercer une activité professionnelle fait l'objet de nombreux accords internationaux de sécurité sociale, bilatéraux et multilatéraux. A partir des années 1945, les conventions bilatérales de sécurité sociale se sont multipliées et de nombreux instruments multilatéraux ont été parallèlement conclus entre les pays européens.

L'élaboration de la législation communautaire en matière de sécurité sociale constitue un pilier essentiel de l'exercice effectif du droit à la libre circulation des personnes prévu par le traité de l'Union européenne et repris dans l'Accord sur la libre circulation des personnes²⁸.

Le droit communautaire n'a pas pour objectif une harmonisation des législations mais prévoit une coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale. En effet, les régimes de sécurité sociale sont le résultat de traditions nationales de longue date et tiennent compte de la culture de chaque Etat. Dans le cadre de la coordination, l'Etat membre conserve son droit de déterminer les types de prestations et les conditions d'octroi. En revanche, le droit communautaire impose certaines règles et principes afin de garantir que l'application des différents systèmes nationaux ne lèse pas les personnes qui exercent leur droit à la libre circulation au sein de l'Union européenne, de l'Espace économique européen et de la Suisse.

Les instruments phares en la matière sont les règlements européens de sécurité sociale²⁹. Ces règlements s'appliquent également à la Suisse depuis l'entrée en application de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), le 1^{er} juin 2002³⁰. Les principes directeurs retenus par les différents textes internationaux sont le plus souvent identiques et visent à résoudre plusieurs questions dont, notamment, celles concernant la détermination de la législation applicable³¹. En la matière, les règlements européens de sécurité sociale sont les textes les plus élaborés.

²⁸ ALCP, RS 0.142.112.681.

²⁹ Règlement (CE) n° 883/2004 et Règlement (CE) n° 987/2009.

³⁰ Règlement (CE) n° 1408/71 et Règlement (CE) n° 574/72 dès le 1^{er} juin 2002 puis Règlement (CE) n° 883/2004 et Règlement (CE) n° 987/2009 depuis le 1^{er} avril 2021.

³¹ Les principes directeurs visent à résoudre quatre principales séries de questions relatives à la détermination de la législation applicable, la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre nationaux et non-nationaux, les droits acquis par le travailleur mobile, la conservation des droits en cours d'acquisition.

Les règles de détermination de la législation applicable représentent les clés d'entrée dans la coordination proprement dite des législations nationales puisque de la désignation de cette législation vont découler les droits et obligations des personnes et des employeurs³². La législation applicable est définie de façon obligatoire, sans libre choix ou option possible, en fonction des seules circonstances objectives qui fondent la situation de la personne concernée³³.

A. L'unicité de la législation applicable et la *lex locis laboris*

Conformément à l'art. 11 § 1 du Règlement n° 883/2004 (ci-après Règlement de base), les personnes auxquelles le Règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul Etat membre. Il s'agit de la législation de l'Etat dans lequel l'activité lucrative est exercée (art. 11 § 3). Cette législation est ainsi définie :

- la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat ;
- le fonctionnaire est soumis à la législation de l'Etat membre dont relève l'administration qui l'emploie ;
- la personne appelée ou rappelée sous les drapeaux ou pour effectuer le service civil dans un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat ;
- sauf cas particuliers, les gens de mer relèvent de la législation du pavillon de l'Etat membre ;
- les personnels navigants des entreprises de transport aérien relèvent de la législation de sécurité sociale de l'Etat sur le territoire duquel se trouve leur base d'affectation ;
- les personnes autres que celles mentionnées ci-dessus sont soumises à la législation de l'Etat de résidence, sans préjudice d'autres dispositions du Règlement qui leur garantissent des prestations en vertu de la réglementation d'un ou de plusieurs autres Etats membres.

Le caractère unique et obligatoire de la législation applicable, associé à des règles précises de détermination de cette législation a pour but d'éviter, d'une part, les conflits négatifs de lois (aucune législation ne s'applique aux personnes concernées) et, d'autre part, les conflits positifs (plusieurs législations s'appliquent, de façon concomitante)³⁴. Sous

³² FILLON, p 305.

³³ CJCE, 13 décembre 1967, n° C-12/67, *G. c/ Etat belge* ; CJCE, 14 octobre 2010, n° C-345/09, *V. c/ Collège voor zorgverzekeringen* ; CJUE, 5 novembre 2014, n° C-103/13, *S. c/ Glaven direktor na Stolichno upravlenie « Sotsialno osiguruyavane »*.

³⁴ BIT, p. 47.

réserve des exceptions qui peuvent lui être apportées par voie d'accord entre les Etats, le système de l'Union européenne relatif au règlement des conflits est impératif et a pour effet « de soustraire au législateur de chaque Etat membre le pouvoir de procéder à la détermination du droit applicable »³⁵. Malgré tout, certaines situations ne sont pas traitées en conformité avec le principe d'unicité de la législation applicable.

Il s'agit, d'une part, de la situation des personnes qui bénéficient de prestations de chômage, qui conservent ce bénéfice lorsqu'elles reprennent une activité réduite dans un autre Etat et sont assujetties à la législation des deux Etats concernés.

Une recommandation n° 18 avait été prise par la Commission administrative dans le cadre du Règlement (CE) n° 1408/71 invitant les Etats membres à conclure des accords bilatéraux spécifiques pour traiter le cas de ces personnes en les rattachant à une seule législation. Cette recommandation n'a, toutefois, pas conduit à la conclusion de nombreux accords. Ainsi, les autorités françaises en ont conclu qu'un seul avec les autorités suisses³⁶. La pratique ayant montré qu'il n'était pas appliqué, en raison de difficultés de procédure selon les uns et du différentiel du coût des cotisations sociales selon les autres, l'accord a finalement été suspendu. Concernant le nouveau droit, une recommandation U1³⁷ prise par la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale (CACSSS) invite les Etats membres à conclure des accords bilatéraux spécifiques sur la base de l'art. 16 § 1 du Règlement (CE) n° 883/2004 pour traiter le cas de ces personnes en les rattachant à la seule législation de l'Etat qui indemnise le chômage³⁸.

Il s'agit, d'autre part, du droit d'option des frontaliers en matière d'assurance de soins. Concernant la détermination de la législation applicable, l'ALCP adopte les principes communautaires de l'unicité de la loi et l'application de la *lex locis laboris*. Ces principes s'appliquent à l'ensemble des branches entrant dans le champ d'application du règlement communautaire. En application de l'ALCP, les frontaliers sont soumis à la règle générale de rattachement à la loi du pays d'emploi, en l'espèce, la Suisse. Cette règle a été assouplie puisque dans l'annexe II ALCP ainsi que dans l'annexe VI du Règlement (CE) n° 1408/71 et l'annexe XI du Règlement (CE) n° 883/2004, des options ont été prévues. La France, l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie permettent aux frontaliers de renoncer à l'assurance maladie suisse en faveur du système d'assurance maladie de leur Etat de résidence³⁹.

³⁵ CJCE, 12 juin 1986, n° C-302/84, *Ten Holder/Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*, in : Rec. 1986, p. 1821.

³⁶ Accord dérogatoire du 7 septembre 2006 pris en application de l'art. 17 du Règlement (CE) n° 1408/71.

³⁷ Recommandation U1 de la CACSSS du 12 juin, législation applicable aux chômeurs exerçant une activité professionnelle à temps réduit dans un autre Etat que l'Etat de résidence, JOUE n° C 106 du 24 avril 2010.

³⁸ RIONDEL, pp. 185 s.

³⁹ Pour plus de détails sur l'assurance maladie des frontaliers cf. RIONDEL, pp. 315 à 365.

B. Les exceptions aux principes de la *lex locis laboris*

Le principe de l'application de la législation de l'Etat d'activité fait l'objet de quelques exceptions. Selon que le lieu d'activité du travailleur varie d'un pays à l'autre, où que l'activité visée ait un caractère international, l'application de la *lex loci laboris* est difficile, voire impossible à respecter.

Le Règlement de base distingue plusieurs situations : le détachement et la pluriactivité relative aux travailleurs exerçant leur activité sur plusieurs territoires.

1. Le détachement

Cette situation se rencontre lorsqu'un employeur envoie temporairement un ou plusieurs de ses salariés dans un autre Etat pour l'exécution d'une prestation ou lorsqu'un travailleur non salarié s'auto-détache.

Selon les critères de détermination de la législation applicable, le travailleur devrait relever de la législation de sécurité sociale de l'Etat où il effectue sa mission, et ce, même s'il n'y est occupé que pour une courte durée. Les difficultés administratives induites par les changements successifs d'affiliation aux différents systèmes de sécurité sociale (transfert vers le régime de l'Etat où le salarié effectue sa mission et retour au régime de son lieu habituel d'occupation) constituent une lourde charge aussi bien pour l'employeur que pour le travailleur. Ces exigences formelles créent une entrave à la liberté de l'employeur ou du travailleur non salarié (TNS) de fournir des prestations de services à l'étranger.

Ainsi, par dérogation au principe de la *lex loci laboris*, les travailleurs détachés demeurent soumis au système de sécurité sociale de l'Etat où ils exercent habituellement leur activité, l'employeur (respectivement le TNS) devant continuer à acquitter les cotisations sociales dans cet Etat⁴⁰. Le changement provisoire du lieu d'activité n'entraîne pas de modification en matière d'affiliation. Il faut cependant que la durée prévisible de la mission n'excède pas vingt-quatre mois et que la personne concernée ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne détachée. D'importantes précisions sur les conditions de reconnaissances du détachement sont apportées par les art. 14 § 1 à 4 du Règlement d'application. Par ailleurs, des seuils quantifiés pour l'appréciation de certains éléments ont été établis⁴¹.

⁴⁰ Art. 12 Règlement (CE) n° 883/2004.

⁴¹ Décision A2 de la CACSSS du 12 juin 2009 : durée minimale de soumission préalable à la législation de l'Etat d'établissement de l'entreprise qui détache (un mois), durée minimale d'exercice préalable par un travailleur indépendant de son activité dans l'Etat d'établissement avant un auto-détachement (deux mois), la durée minimale qui doit s'écouler entre deux périodes de détachement (2 mois).

L'employeur (respectivement le TNS) doit informer, en principe avant le début du détachement, l'institution compétente de l'Etat membre dont la législation est applicable. Cette dernière établira un document portable A1 déterminant la législation de sécurité sociale applicable au titulaire⁴².

2. L'exercice d'activités dans plusieurs Etats membres

Lorsqu'une personne exerce son ou ses activités professionnelles dans plusieurs Etats membres, les règles générales (*lex locis laboris*) et particulières (détachement) ne sont pas suffisantes pour déterminer la législation applicable en matière de sécurité sociale.

A cet effet, l'art. 13 du Règlement de base fixe une batterie de critères de sélection de cette législation en fonction des différentes situations rencontrées et l'art. 16 du Règlement d'application décrit la procédure à suivre. Dans le respect du principe d'unicité de la législation applicable, les personnes concernées sont traitées comme si elles exerçaient l'ensemble de leurs activités professionnelles dans le seul Etat compétent en matière d'affiliation⁴³. Les art. 14 § 5 à 14 § 11 du Règlement (CE) n° 987/2009 (ci-après Règlement d'application) apporte d'importantes précisions sur les termes et critères utilisés afin de déterminer la législation applicable en fonction des situations rencontrées.

S'agissant plus particulièrement des personnes qui exercent une activité salariée dans deux ou plusieurs Etats membres pour le compte d'un seul employeur ou de plusieurs employeurs, le Règlement de base introduit, d'une part, la notion d'activité marginale et d'autre part la notion d'activité substantielle effectuée dans l'Etat de résidence.

Pour éviter tout détournement des règles relatives à la législation applicable, les activités marginales ne sont pas prises en compte pour la détermination de la législation sur la base de l'art. 13 § 1 du Règlement de base. Il s'agit d'activités permanentes mais négligeables en termes de temps ou de rentabilité économique (mois de 5 % du temps de travail normal du travailleur et/ou de sa rémunération globale)⁴⁴.

Pour les personnes qui exercent normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs Etats membres, dont l'Etat membre de résidence, le critère d'activité substantielle est utilisé⁴⁵. La notion d'activité substantielle est une règle de conflit qui subordonne l'application de la loi de l'Etat de résidence au seul fait qu'une partie de l'activité est exercée sur ce territoire. Selon les termes du Règlement d'application, « une partie

⁴² Art. 15 § 1 Règlement (CE) n° 987/2009.

⁴³ CORNELISSEN/VAN LIMBERGHEN, pp. 349 s.

⁴⁴ CACSSS, Guide pratique de la législation applicable dans l'Union européenne, dans l'espace économique et en Suisse, décembre 2013, p. 28.

⁴⁵ Art. 13 § 1 a) Règlement de base.

substantielle d'une activité salariée ou non salariée exercée dans un Etat membre signifie qu'une partie quantitativement 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 ces activités »⁴⁶.

Lorsqu'une personne exerce une activité salariée sur le territoire de plusieurs Etats membres, elle est considérée comme exerçant la totalité de son activité professionnelle sur le territoire d'un seul Etat membre. Elle sera affiliée dans l'Etat membre de résidence si elle exerce au moins 25 % du temps de travail et/ou perçoit au moins 25 % de sa rémunération dans cet Etat⁴⁷. A défaut, d'autres critères seront mis en œuvre pour déterminer la législation applicable (siège social, siège d'exploitation de l'entreprise).

3. Les conséquences en matière de télétravail transfrontalier dans les relations franco-suisses

Nous constatons que l'application du dispositif de détermination de la législation applicable est non seulement complexe mais que certaines formes de travail non traditionnelles telle que le télétravail ne sont pas traitées de façon spécifique par la réglementation communautaire.

La solution énoncée par l'art. 12 concernant les travailleurs détachés ne semble pas correspondre à la situation du frontalier télétravailleur car le détachement, en matière de sécurité sociale, est une opération de main d'œuvre qui s'effectue dans le cadre d'une prestation de services pour laquelle l'employé est envoyé en mission par son employeur. Cette situation ne correspond pas à celle du télétravail où il n'y a ni exécution d'une prestation de services, ni destinataires de services⁴⁸. D'autre part, les entreprises qui envisagent le développement du télétravail transfrontalier conçoivent une activité partagée de manière permanente entre le domicile et l'entreprise.

Si l'on considère que le télétravailleur exerce son activité sur deux territoires, pour le compte d'un seul employeur, en l'état actuel de la législation, la règle de l'art. 13 relative à la pluriactivité trouve à s'appliquer.

La notion d'activité marginale sera retenue dans le cadre du frontalier qui télétravaille de façon occasionnelle à partir de son domicile avec l'accord de son employeur, en raison par exemple, d'un enfant malade ou de grèves annoncées dans les transports publics. Cette

⁴⁶ Art. 14 § 8 Règlement d'application.

⁴⁷ CACSSS, Guide pratique p. 29.

⁴⁸ CJUE, 10 février 2000, n° C-202/97, *Fitzwilliam Executive Search Ltd c/ Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, in : RJS 5/00 n° 604.

situation échappe à la détermination de la législation selon l'art. 13 du Règlement de base et n'a pas d'incidence sur le rattachement à la sécurité sociale⁴⁹.

La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi considéré, dans une affaire concernant un télétravailleur dont le contrat de travail ne prévoyait pas qu'il effectuerait une part de son travail dans son Etat de résidence, que 6.5 % du temps dans l'Etat de domicile sur une année ne correspondait pas à l'exercice habituel d'activités significatives et ne permettait pas de déclencher l'application de l'art. 13 du Règlement de base⁵⁰.

En revanche lorsque le télétravail est autorisé par l'employeur, la notion d'activité substantielle sera utilisée. Le frontalier télétravailleur qui exerce moins de 25 % de son activité à son domicile en France reste assujéti à la législation du pays où se trouve le siège social ou le siège d'exploitation de l'employeur, soit, dans notre hypothèse, en Suisse. En revanche, si l'activité à domicile est supérieure à 25 % l'affiliation se fera en France. Outre ces critères, pour déterminer la législation applicable, la situation présumée dans les douze mois civils à venir doit également être prise en compte. Ce dispositif est discutable sur différents points.

D'une part, il conduit, dans certaines situations, à ne pas affilier les intéressés dans l'Etat où ils exercent la plus grande partie de leur activité professionnelle mais dans l'Etat de résidence où ils peuvent être amenés à exercer une partie minoritaire de cette activité. Pourtant, s'agissant de la part substantielle de l'activité, le Règlement de base fait état d'une partie quantitativement importante de l'ensemble des activités, sans qu'il s'agisse nécessairement de la majeure partie de ses activités. On peut alors s'interroger sur le seuil de 25 % tel que retenu par la CACSSS dans son guide pratique.

D'autre part, les changements de temps d'occupation à domicile risque de faire basculer la personne concernée dans un autre système de sécurité sociale. Ainsi, à titre d'exemple, un frontalier engagé par une entreprise suisse du secteur privé qui, au cours de l'année 2022, effectue 20 % de son activité à partir de son domicile est affilié à la législation suisse. Une modification de son contrat de travail lui permettant en 2023 d'effectuer 40 % de son activité en télétravail aura pour conséquence de la faire basculer au système français de sécurité sociale, pour revenir en 2024 à une affiliation au système suisse avec un taux d'occupation en télétravail de 20 %. Les risques de changement fréquents de l'affiliation ne sont dans l'intérêt ni du salarié ni de l'employeur.

Depuis le début de la crise sanitaire en mars 2020, en raison des circonstances exceptionnelles de la pandémie, les autorités nationales des Etats de l'Union européenne, le l'Espace Economique Européen, la Suisse et Monaco se sont entendues pour éviter qu'un travailleur frontalier soit contraint de basculer de la législation de sécurité sociale

⁴⁹ DUPONT, p. 316.

⁵⁰ CJUE, 13 septembre 2017, n° 570/15, *X c/ Staatssecretaris van Financiën*, in : RJS 1/18 n° 81.

de son Etat d'activité habituelle à celle de son Etat de résidence en raison du recours massif au télétravail.

Ces mesures font l'objet d'échanges entre les Etats membres au sein de la CACSSS de sorte qu'en mai 2020, la CACSSS adoptait une note d'orientation sur la pandémie reprenant cette approche souple sur les questions de législation applicable. Cette flexibilité n'est cependant pas limitée aux travailleurs frontaliers mais concerne l'ensemble des travailleurs mobiles⁵¹.

Dans ce contexte, assimilé à un cas de force majeure, plusieurs échéances successives ont permis de neutraliser les mesures d'affiliation des travailleurs mobiles telles que prévues par les règlements communautaires de coordination.

Selon la communication de l'OFAS, en ce qui concerne l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, et le Lichtenstein, une application flexible des règles d'assujettissement a été convenue jusqu'au 30 juin 2022, et au moins jusqu'au 31 mars 2022 en ce qui concerne la France⁵². L'assurance maladie française annonce que, pour les travailleurs frontaliers, cette mesure s'appliquera jusqu'au 30 juin 2022⁵³. Cette échéance est ainsi repoussée pour tenir compte du régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire.

Contrairement au volet fiscal pour lequel les conventions ont dû être adaptées par le biais d'accords amiables, en matière sociale, cette entente entre Etats n'a pas fait l'objet d'accord formel, et ce, « dans un souci d'efficacité et de souplesse afin de ne pas alourdir la charge administrative des employeurs et des salariés »⁵⁴. En France, l'information est relayée par des communiqués de presse diffusés sur le site des autorités compétentes en matière de sécurité sociale, notamment ceux du ministère et de Centre de Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale (CLEISS).

En outre, l'art. 16 § 1, du Règlement de base offre la possibilité de conclure des accords sur l'applicabilité de la législation en matière de sécurité sociale. Cette clause de flexibilité permet, dans un cas exceptionnel comme celui de la crise sanitaire, de continuer à s'entendre sur l'application de la législation du pays d'activité professionnelle en matière de sécurité sociale même si la limite de 25 % est dépassée.

Concernant la mise en œuvre et les prolongations des mesures de flexibilité, la direction de la Sécurité sociale en France veille à se coordonner avec la direction de la législation fiscale dans un souci de cohérence pour les personnes concernées.

⁵¹ GRUNY/HARIBEY, p. 11.

⁵² OFAS, 23 décembre 2021.

⁵³ <https://www.ameli.fr/assure/actualites/covid-19-impact-sur-la-situation-des-travailleurs-frontaliers-expatries-detaches-pluriactifs>, consulté le 23 décembre 2022.

⁵⁴ Voir note 49.

C. La pérennisation du télétravail transfrontalier

En dehors des mesures d'exception prises dans le cadre de la pandémie, la poursuite du télétravail transfrontalier pourrait aboutir à un changement d'assujettissement aux assurances sociales, ce qui peut entraîner des effets importants tant pour l'employé que pour l'employeur. Dans ces circonstances, l'employeur aura tendance à limiter, voire refuser, le télétravail au personnel frontalier en place et, par suite, à renoncer à engager des frontaliers. Ceci aurait pour effet de contrevenir au principe même de libre circulation des personnes repris dans le cadre de l'ALCP.

1. La non-discrimination

Compte tenu des incertitudes juridiques qui pèsent sur le télétravail transfrontalier, les employeurs auront tendance à ne pas traiter à l'identique le télétravail des frontaliers et celui des résidents. Alors que certaines entreprises se disent prêtes à organiser cette nouvelle forme de travail à raison de plusieurs jours par semaine pour le personnel résidant en Suisse, elles renoncent à l'appliquer pour les frontaliers, ou, au mieux elles limitent le travail à domicile à une journée par semaine pour ne pas basculer dans le système de sécurité sociale du pays de résidence du frontalier.

L'ALCP prescrit une interdiction de discriminer en raison de la nationalité⁵⁵. Ainsi, « un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante ne peut, sur le territoire de l'autre partie contractante, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux salariés en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération, de licenciement et de réintégration professionnelle ou de réemploi s'il est tombé au chômage. (...) Toute clause de convention collective ou individuelle ou d'autres réglementations collectives portant sur l'accès à l'emploi, l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail et de licenciement est nulle de plein droit dans la mesure où elle prévoit ou autorise des conditions de discrimination à l'égard des travailleurs salariés non nationaux ressortissants des parties contractantes »⁵⁶. Cette absence de discrimination concerne tant les travailleurs européens qui séjournent en Suisse que les travailleurs frontaliers⁵⁷. La non-discrimination doit ainsi être considérée comme un instrument de lutte contre les inégalités.

Le principe d'égalité en droit, pour être pleinement effectif, exige évidemment le traitement des situations similaires, mais il suppose également que des personnes se

⁵⁵ Art. 2 ALCP.

⁵⁶ Art. 9, Annexe I ALCP. Sur la portée de l'égalité de traitement découlant du principe d'égalité de traitement, voir WITZIG, pp. 273 s.

⁵⁷ TF 4A_230/2018 du 15 janvier 2019, c. 2.2.

trouvant dans des situations différentes soient soumises à des régimes distincts⁵⁸. L'égalité ne doit pas être exclusivement formelle, mais également substantielle⁵⁹.

Ainsi, la discrimination consiste à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes⁶⁰. Dans l'arrêt *Italie c/ Commission*, la Cour retient, pour la première fois une conception matérielle de la non-discrimination en jugeant que « *le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination (...)* une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle (...) la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes ».

Dans le cas du télétravail, la situation, du point de vue de l'affiliation est différente entre résidents et frontaliers eu égard à la notion d'activité substantielle de l'art. 13 du Règlement de base. Traiter à l'identique cette situation en permettant aux frontaliers de travailler à domicile à hauteur de 25 % ou plus de leur temps d'activité globale aura pour conséquence de modifier l'affiliation en faveur du régime de sécurité sociale français comme explicité précédemment, nécessitant des procédures administratives auprès des institutions concernées et le respect des charges sociales françaises (environ 45 % pour l'employeur et 23 % pour l'employé), alors que dans les mêmes circonstances, le résident qui télétravaille sur le territoire suisse demeure assujéti au système suisse de sécurité sociale. Rappelons également que du point de vue de la fiscalité, les conséquences du télétravail ne sont pas neutres pour les parties⁶¹.

A notre sens, en matière de télétravail transfrontalier, un traitement différencié entre résidents et frontaliers n'est pas constitutif de discrimination pour les raisons exposées.

2. Pistes de réflexion

Malgré les difficultés qui peuvent être rencontrées la pratique du télétravail est certainement destinée à s'installer durablement, y compris dans un cadre transfrontalier. Il convient donc de s'interroger sur les moyens à mettre en œuvre afin de pérenniser le télétravail des frontaliers et assurer une continuité d'affiliation dans un même Etat membre.

⁵⁸ HERNU, n° 4, avril 2020.

⁵⁹ CJUE, 30 avril 1998, n° C-136/95, *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) c/ Evelyne Thibault*.

⁶⁰ CJUE, 17 juillet 1963, n° C-13/63, *Italie c/ Commission* ; CJUE, 28 juin 2021, n° C-172/11, *Herny*.

⁶¹ Voir note 4.

Afin de ne pas pénaliser les frontaliers au regard de cette forme de travail, il est nécessaire de s'interroger sur la possibilité d'introduire, dans le Règlement de base, une disposition spécifique au télétravail des frontaliers qui serait distincte de la situation de pluriactivité couverte par l'art. 13. Ainsi, le télétravail ferait l'objet d'un statut juridique propre dissocié des règles de la pluriactivité.

Le 31 décembre 2016, la Commission de l'Union européenne a présenté une révision de la réglementation de l'Union relative à la coordination des systèmes de sécurité sociale⁶². La révision proposée par la Commission européenne porte essentiellement sur quatre domaines de coordination : l'accès des citoyens non actifs à des prestations sociales, les prestations pour les soins de longue durée, les prestations de chômage des frontaliers et les prestations familiales. Par ailleurs, la proposition précise les règles pouvant déterminer la législation applicable et clarifie la relation entre les Règlements et la directive 96/71 CE concernant le détachement de travailleurs⁶³. A travers sa proposition, la Commission européenne souhaite, d'une part, encourager la mobilité sur le marché du travail et, d'autre part, obtenir une répartition équitable de la charge financière entre les Etats membres.

Rappelons qu'à ce jour les propositions de la Commission n'ont toujours pas abouti, compte tenu d'un contexte relativement difficile, en particulier sur les dispositions visant à encadrer le détachement et celles portant sur l'assurance chômage. Toutefois, la Commission n'a pas retiré son projet et le texte est toujours en discussion.

Dans l'objectif d'accorder un statut spécifique au télétravail transfrontalier, il apparaît alors opportun d'initier un débat entre la commission et les Etats membres et de lancer une étude d'impact. Il ne semble pas qu'un tel dispositif, réservé uniquement aux travailleurs frontaliers, puisse apparaître comme constituant une mesure discriminatoire puisqu'il existe déjà, au sein du Règlement (CE) n° 883/2004, des mesures spécifiques aux travailleurs frontaliers (droit d'option en matière d'assurance de soins pour les frontaliers professionnellement occupés ou ayant été occupés en Suisse, indemnisation chômage du frontalier licencié par son Etat de résidence et non d'emploi selon de l'art. 65 du Règlement de base).

Précisons également que d'autres initiatives de la Commission pourraient être utilisées pour examiner la problématique du télétravail des frontaliers comme celle concernant la facilitation du recours au télétravail et le droit à la déconnexion⁶⁴. Le droit à la déconnexion désigne la prérogative légale que les travailleurs ont de s'abstenir de s'engager dans des

⁶² COM (2016) 815 final.

⁶³ Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 18 du 28 janvier 1997, p. 1.

⁶⁴ Résolution du Parlement européen du 21 janvier 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le droit à la déconnexion, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_FR.html (consulté le 15 décembre 2021).

tâches professionnelles (appels, courriels...) en dehors de leurs heures de travail, et pendant leurs vacances ou congés. En l'état, la législation européenne dispose d'exigences minimales sur le travail à distance. Mais ces dispositions et leur application varient selon les Etats membres. Dans la résolution du 21 janvier 2021, le Parlement européen demande à la Commission européenne de proposer un cadre légal nouveau. Il préconise que le droit à la déconnexion soit reconnu comme un droit fondamental et explicitement réglementé dans le droit de l'Union. Les travailleurs doivent pouvoir se déconnecter sans risquer des répercussions négatives.

Se pose alors la question du seuil d'activité qu'il conviendrait de ne pas franchir dans le pays de résidence pour éviter un changement d'affiliation. Comme nous l'avons vu précédemment, celui-ci est actuellement fixé à 25 % de l'activité globale. A cet effet, par une résolution du 9 juillet 2021, le Sénat français « estime nécessaire de permettre aux frontaliers d'être placé en télétravail jusqu'à deux jours par semaine sans que cela ait d'incidence sur la détermination de l'Etat dans lequel ils sont imposés et auquel leurs cotisations sociales doivent être versées ». Par conséquent, le Sénat « invite la Commission de l'Union européenne à revoir à la hausse le taux à être en télétravail partir duquel une activité est qualifiée de substantielle afin que les travailleurs frontaliers puissent jusqu'à deux jours par semaine sans que cela induise un changement quant à la détermination de l'Etat auquel doivent être versées leurs cotisations sociales »⁶⁵.

Le Sénat est ainsi favorable à un seuil fixé à 40 % qui s'apprécierait de manière hebdomadaire, en raison de deux jours par semaine. Au-delà, l'affiliation au système de sécurité sociale de l'Etat de résidence s'appliquerait.

IV. Conclusion

Les dispositions prises par les Etats pour freiner la propagation de la pandémie sont temporaires. Elles visent uniquement à faire face aux circonstances exceptionnelles de la crise sanitaire afin d'accroître la sécurité juridique des employeurs et des employés pendant la période d'application des mesures de santé publique.

En cas de pérennisation du télétravail transfrontalier en dehors de la crise sanitaire, les règles habituelles en matière de droit du travail et de sécurité sociale reprendront leur place. Or, les règles applicables aux situations transnationales sont en grande majorité antérieures au développement des outils numériques qui permettent le télétravail.

⁶⁵ Sénat, 9 juillet 2021, considérants 28 et 29 de la résolution européenne n° 135 du 9 juillet 2021 visant à rendre pérenne l'augmentation du temps de télétravail autorisé pour les travailleurs frontaliers, <http://www.senat.fr/leg/tas20-135.html> (consulté le 15 décembre 2021).

Le droit du travail, tout comme le droit social se sont construits de façon traditionnelle autour de la présence physique des travailleurs au sein des entreprises. Le monde du travail est, toutefois, en profonde mutation. L'exigence de flexibilité, le recours aux technologies de l'information et de la communication par les entreprises nécessitent de repenser les fondements de ce droit afin de les adapter à cette évolution numérique et aux nouvelles formes de travail qu'elle suscite, y compris dans un contexte transnational. Il est alors nécessaire d'encourager, tout en l'encadrant, l'évolution de l'organisation du travail permise dans le contexte de la pandémie afin que les nouvelles formes de travail ne soient pas constitutives d'entrave au principe de libre circulation des personnes.

Les tâches effectuées par le salarié dans le cadre du télétravail, c'est-à-dire en dehors des locaux de l'entreprise sont des activités pouvant être réalisées dans ses locaux. A notre sens, cette caractéristique permet de distinguer le télétravail du détachement ou de la pluriactivité *traditionnelle* et d'élaborer un statut propre au télétravail transfrontalier, tant au niveau du droit du travail que du droit de la sécurité sociale, tout en adaptant également les règles fiscales.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

- BILLARANT JULIEN, Pour une nouvelle approche du rapport de subordination en droit privé suisse du travail, Genève/Zurich/Bâle 2020.
- BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL (BIT), La sécurité sociale des travailleurs migrants, Genève 1974.
- COMMISSION EUROPÉENNE, Guide pratique sur la législation applicable dans l'UE, l'EEE et en Suisse, 2013.
- CORNELISSEN ROB/VAN LIMBERGHEN GUIDO, Social security for mobile workers and labour law, *in* : Pennings/Wonk (édit.), Research handbook on European social security law, Cheltenham 2015, pp. 344-384.
- DUPONT ANNE-SYLVIE, Les règles européennes de coordination des régimes de sécurité sociale à l'épreuve des nouvelles formes de travail, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux de droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 291-322.
- FILLON JEAN-CLAUDE, Coordination des systèmes de sécurité sociale dans l'Union européenne : détermination de la législation applicable, *in* : BS 7/15, n° 1, pp. 305 ss.
- GAUDEMET-TALLON HÉLÈNE, Le nouveau droit privé européen des contrats, (commentaires de la convention de Rome), *in* : RDT eur. n° 2-1988, p. 261 ss.
- HARIBET LAURENCE/GRUNY PASCALE, Rapport n° 668 (2020-2021) de la Commission européenne du Sénat français, 3 juin 2021.
- HERNY RÉMY, Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE, publication du Conseil Constitutionnel, n° 4, avril 2020.
- LHERNOULD JEAN-PHILIPPE, Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier *in* : RJS, juillet 2021.
- MOREAU MARIE-ANGE, L'évolution récente de la jurisprudence dans le domaine de l'expatriation des salariés, *in* : Droit social, 1/1986, pp. 23-35.
- RIONDEL GUYLAINE, La prise en charge des soins de santé dans un contexte transfrontalier européen : Problématique générale en Europe et propositions pour la Région franco-valdo-genevoise, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2016.
- RIONDEL BESSON GUYLAINE, Les frontaliers et le télétravail dans le contexte de la pandémie Covid 19 : état des lieux et conséquences de la poursuite du télétravail après la pandémie, *in* : Pétremand (édit.), Assurances sociales et pandémie de Covid-19, Berne 2021.
- SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Travailler chez soi, Home office, Berne 2019 (cité : SECO, Home office).
- WITZIG AURÉLIEN, Influences du droit de l'Union européenne sur le droit du travail suisse, *in* : Dunand/Mahon (édit.), Les aspects internationaux de droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 261-290.