



Télétravail sans frontières



Antoine JOUHET

Avocat Directeur associé
Département Droit social, **Cabinet Fidal**

A lors que le télétravail a connu un regain (forcé) du fait de la situation sanitaire à l'intérieur de nos frontières, certains salariés ont posé leurs valises et ordinateur plus loin à l'étranger, dans des pays de l'Union Européenne (Espagne, Portugal, Grèce, Croatie) ou au-delà (Maroc, Tunisie, Indonésie, La Barbade). Certaines agences de voyages proposent ainsi des offres dédiées et quelques pays vantent la qualité de leurs réseaux et infrastructures internet pour attirer les télétravailleurs du monde entier.

Les questions juridiques soulevées par le recours au télétravail sont nombreuses et complexes dans un cadre strictement national. C'est d'ailleurs dans un souci de pédagogie que les partenaires sociaux ont adopté un Accord national interprofessionnel le 26 novembre 2020 « pour une mise en œuvre réussie du télétravail »⁽¹⁾ visant à préciser les enjeux et le cadre juridique existant.

(1) ANI du 26 novembre 2020 signé par quatre organisations syndicales (la CFDT, la CFTC, FO et la CFE-CGC) et trois organisations patronales (le MEDEF, la CPME et

À l'heure du télétravail généralisé, nombre de salariés ont choisi de s'installer à l'étranger. Quelles sont les conséquences sur la relation de travail et sur les règles de sécurité sociale et fiscales applicables ? Le DRH peut-il s'y opposer ?

Des questions au moins aussi problématiques se posent dans un cadre international⁽²⁾ où règne le principe général de la *Lex Loci Laboris*⁽³⁾, et nécessitent que l'employeur et le salarié les anticipent.

(2) P. Koudadje, « Télétravail : enjeux économiques, environnementaux et juridiques », Les Cahiers du DRH n° 283-284, févr. 2021.

(2) Voir Sophie Sontag Koenig, « Le télétravail transfrontalier : un défi pour le droit social », Petites Affiches n° 21, 29 janv. 2016.

(3) En application du Règlement 593/2008/CE du 17 juin 2008, dit Règlement « Rome I », les parties au contrat de travail peuvent choisir la loi applicable au contrat de travail (art. 8.1). Toutefois, ce choix ne peut avoir pour résultat de priver le salarié de la protection qui résulterait de dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix, c'est-à-dire celle (i) du pays dans lequel ou à partir duquel le salarié accomplit habituellement son travail (art. 8.2) ou, à défaut d'identifier ce lieu, (ii) la loi du pays où est situé l'établissement ayant embauché le travailleur (art. 8.3), ou encore (iii) celle du pays avec lequel le contrat de travail présente les liens les plus étroits (art. 8.4).



CONTEXTE

Variété des situations

Il est possible de distinguer plusieurs situations :

- celle du travailleur frontalier, amené à changer de pays pour exercer son activité professionnelle et qui, contraintes sanitaires obligent, a télétravaillé ponctuellement dans son pays de résidence ;
- celle du salarié recruté pour travailler dans un pays et qui, n'ayant pas encore déménagé, s'est trouvé contraint de rester dans son pays d'origine et de débiter sa nouvelle activité à distance en situation de télétravail ;
- celle du salarié qui, travaillant habituellement dans les locaux de son employeur situés en France, a décidé de s'installer dans un autre pays pour télétravailler pendant la crise sanitaire ;
- celle du salarié qui ayant déjà la possibilité de télétravailler de manière ponctuelle ou permanente, a décidé de s'installer dans un autre pays pour y télétravailler de manière permanente.

Les trois premières situations ne semblent pas poser de difficultés particulières, dès lors que les autorités sociales et fiscales des pays concernés ont fait preuve de pragmatisme et de tolérance du fait des contraintes sanitaires.

Problématiques

La diversité des situations rencontrées n'appellera pas de réponses uniformes aux questions qui suivent, arbitrairement regroupées autour de quatre grands thèmes : lois applicables, frais professionnels, conditions d'exécution du contrat, santé/sécurité et protection sociale complémentaire.

Lois applicables

Quelles sont les lois applicables en droit du travail, en droit de la sécurité sociale, pour la fiscalité personnelle du salarié, pour la fiscalité de l'entreprise ? Existe-t-il des règles impératives dans le pays de résidence du salarié ? Quelles sont les juridictions compétentes ? Quelles contraintes sont prévues en matière d'immigration ? Quelles sont les possibilités offertes à un employeur « étranger » d'employer directement un salarié dans le pays de résidence ?

Frais professionnels

Quels frais professionnels occasionnés par l'installation dans un nouveau domicile doivent être remboursés au salarié ? Quelles indemnités lui verser au titre de l'occupation du domicile ? Quels frais de déplacement sont à lui rembourser (abonnement de transport public entre le domicile et le lieu de travail, déplacements professionnels, grands déplacements) ? Comment assurer une égalité de traitement entre salariés (frais de repas, de logement, de titres-restaurants, etc.) ?

Exécution du contrat

Quels sont les horaires de travail applicables en cas de décalage horaire ? Comment maintenir le salarié dans le collectif de travail ? Comment assurer effectivement le droit à la déconnexion ? Comment organiser le suivi de la durée et de la charge de travail ? Quels usages autorisés des outils informatiques dans un autre pays (RGPD, transfert de technologies, licences informatiques, données cryptées, biens à double usage) ? Quelles conditions de retour du salarié en France prévoir ? Comment intervenir sur les matériels et réseaux informatiques ?

Santé-sécurité-protection sociale complémentaire

Comment s'assurer que le salarié travaille dans des conditions de santé et de sécurité satisfaisantes ? Comment gérer les accidents du travail, les absences du salarié liées à l'impossibilité de se déplacer (mesures de quarantaine, fermeture de frontières) ? Comment étendre les régimes de frais de santé et de prévoyance en cas de résidence et de travail à l'étranger ? Comment assurer au salarié un accès aux IRP de l'entreprise ? Quels sont les moyens de contrôle de l'inspection du travail au domicile du salarié à l'étranger ?

Cet article n'a pas pour ambition d'apporter des réponses à toutes ces questions, mais simplement d'interroger sur la difficulté de trouver un juste équilibre entre les droits et obligations du salarié et de l'entreprise.

Deux libertés s'opposent en effet : celle de l'employeur d'entreprendre et d'exercer son activité comme il l'entend en choisissant les pays dans lesquels il souhaite s'implanter, et celle du salarié de préserver l'intimité de sa vie privée, laquelle inclut la liberté de choisir le lieu d'installation de son domicile.



Règles applicables

La Cour de cassation juge sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et des articles 9 du Code civil et 1121-1 du Code du travail, que toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; et qu'une restriction de cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché ⁽⁴⁾.

Dans un cadre strictement national

Ne constitue pas une atteinte justifiée à la liberté du salarié la décision de l'employeur d'imposer à un cadre commercial en joaillerie, ayant fait l'objet d'agression à son domicile, de déménager dans un autre département, dès lors que son assureur refusait de couvrir les sinistres intervenus dans certains départements ⁽⁵⁾. N'est pas non plus justifiée la clause de résidence insérée dans le contrat de travail d'une gouvernante lui imposant d'établir son domicile à moins de 200 mètres de son lieu de travail ⁽⁶⁾. À l'inverse, la clause de mobilité entraînant un changement de domicile du salarié, appelé, en raison de ses fonctions de gardien, à être domicilié sur le nouveau site, est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et ne présente aucun caractère abusif ⁽⁷⁾.

Par ailleurs, l'article L. 3261-2 du Code du travail prévoit l'obligation pour l'employeur de prendre en charge à 50 % ⁽⁸⁾ le prix des titres d'abonnement souscrits par ses salariés pour leurs déplacements entre leur résidence habituelle et leur lieu de travail accomplis au moyen de transports publics ou de services publics de location de vélo. La Cour de cassation précise que cette prise en charge est applicable sans distinguer selon la situation de cette résidence ⁽⁹⁾ et que les déplacements d'un salarié travaillant à son domicile, qui doit se rendre dans le cadre de son activité au siège de l'entreprise, constituent des déplacements professionnels que l'employeur

doit prendre en charge ⁽¹⁰⁾. Les décisions récentes rendues en matière de titres-restaurant incitent d'ailleurs à la plus grande prudence quant à la possibilité pour l'employeur de distinguer entre travailleur et télétravailleur ⁽¹¹⁾.

Qu'en serait-il en cas de télétravail à l'étranger ?

Certes, les textes et décisions précités s'appliquent dans un contexte national. Mais la Cour de cassation pourrait-elle appliquer d'autres solutions dans un cadre international, en faisant primer la liberté d'entreprendre de l'employeur sur la liberté du salarié de choisir le lieu de son domicile, en particulier lorsque celui-ci s'établit en Europe ?

On pourrait arguer que le débat est purement théorique, que le télétravail à l'étranger est un phénomène marginal qui cessera quand prendra fin la crise sanitaire. Nous ne le pensons pas, dès lors que la crise sanitaire a développé plus rapidement que prévu l'usage des outils numériques, conduisant à s'interroger de nouveau sur la pertinence du principe de territorialité de la norme juridique dans la relation de (télé)travail, du fait des contraintes qu'elle est susceptible d'entraîner pour le salarié et pour l'employeur.

Les questions à résoudre pourraient conduire les DRH à rebaptiser la règle : *lex* « Loki ⁽¹²⁾ » *laboris*, si la liberté pour le salarié d'installer son domicile (à l'étranger) devait primer sur celle de l'employeur de limiter son activité professionnelle à certains pays.

CAS PRATIQUE

Un exemple permettra d'illustrer les conséquences sur la relation de travail si la liberté du salarié d'installer son domicile à l'étranger devait prévaloir sur celle de l'employeur d'entreprendre (ou de ne pas entreprendre) dans un pays étranger.

Énoncé

Un salarié a signé un contrat de travail soumis au droit français, pour l'exercice d'une prestation de travail en France. Au cours du premier confinement,

(4) Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755.

(5) Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-40.434.

(6) Cass. soc., 28 févr. 2012, n° 10-18.308.

(7) Cass. soc., 13 juill. 2004, n° 02-44.958.

(8) C. trav., art. R. 3261-2.

(9) Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-25.089.

(10) Cass. soc., 14 sept. 2005, n° 03-40.180.

(11) TJ de Nanterre, Pôle Social, 10 mars 2021, RG n° 20/09616 et TJ de Paris, Pôle Social, 30 mars 2021, RG n° 20/09805.

(12) Loki est le Dieu de la malice, de la discorde et des illusions dans la mythologie nordique.



l'intéressé a poursuivi son activité en télétravail depuis son domicile situé en France, dans les conditions exceptionnelles prévues par l'article L. 1222-11 du Code du travail, du fait de la crise sanitaire. Après cette première période de mise en œuvre du télétravail « exceptionnel », le DRH, soucieux d'organiser un cadre juridique et contractuel cohérent, a signé un accord prévoyant le télétravail dans l'entreprise et un avenant au contrat de travail autorisant le salarié à télétravailler jusqu'à cinq jours par semaine. Ce dernier décide alors d'installer sa résidence familiale dans un pays étranger.

Solutions

Dans le meilleur des cas

Le salarié informera son employeur suffisamment à l'avance et les deux parties pourront examiner sereinement les conséquences de cette décision sur l'exécution de la relation de travail.

Lois applicables au contrat de travail

Après avoir vérifié les conditions dans lesquelles le salarié peut valablement entrer et résider sur le territoire d'un autre état pour y exercer son activité professionnelle ⁽¹³⁾, les parties devront déterminer si elles peuvent maintenir l'application de la loi française pour l'exécution du contrat de travail en application du Règlement « Rome I ». Pour rappel, ce règlement est applicable aux États membres de l'UE, à l'exception du Danemark. Si la réponse est positive, encore faudra-t-il examiner si d'autres règles étrangères impératives ne sont pas susceptibles de s'appliquer. En effet, dans le cas d'espèce, la France sera-t-elle toujours le pays « *dans lequel le salarié exerce habituellement son travail* », alors même qu'il télétravaille jusqu'à cinq jours par semaine à son domicile situé dans un autre pays et qu'il ne se rend dans les locaux de son employeur que de manière épisodique pour assister à quelques réunions avec les équipes, des clients ou des fournisseurs ?

La chambre sociale de la Cour de cassation semble répondre par la négative. Elle reproche, par exemple, à la Cour d'appel de Paris de n'avoir pas vérifié si le salarié n'accomplissait pas habituellement son travail en France pour le compte de son employeur, société de droit anglais, avec lequel il avait signé un

contrat de travail soumis au droit anglais qui s'exécutait dans un premier temps dans les locaux de la société situés à Londres, mais qui avait fait l'objet d'un avenant indiquant que le lieu de travail était établi au domicile du salarié désormais situé à Paris, lorsque le salarié n'était pas à Londres ou en voyage à l'étranger ⁽¹⁴⁾.

Dès lors que le salarié télétravaille dans un autre pays que celui de son entreprise, les parties au contrat de travail pourront se demander quelles sont les dispositions impératives de la loi du pays qui seraient applicable à défaut de choix, ou encore s'interroger sur les lois de police du juge qui pourrait être saisi. Or, ces règles seront différentes d'un pays à l'autre. Pour la France, on retient généralement :

- les règles relatives au caractère raisonnable de la période d'essai ;
- la procédure de licenciement ;
- les règles de rupture des CDD ;
- le statut légal des VRP ou des journalistes ;
- mais aussi, vraisemblablement, celles énoncées à l'article L. 1262-4 du Code du travail constituant le noyau dur des règles applicables en cas de détachement : repos obligatoires, droit de grève, non-discrimination et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, protection de la maternité, de la paternité et d'accueil de l'enfant, durée du travail, repos compensateurs, jours fériés, congés payés, rémunération.

Le fait que le salarié télétravaille physiquement depuis un autre pays est également susceptible de poser des questions quant à la sécurité des données personnelles et confidentielles échangées dans le cadre de la relation de travail, notamment si le salarié télétravaille dans un pays dans lequel le Règlement général de protection des données (RGPD) ne s'applique pas.

Lois applicables en matière de sécurité sociale

La législation applicable en matière de détachement n'étant pas transposable au télétravail, sauf cas particulier (par exemple, celui des travailleurs frontaliers, en application d'une convention bilatérale, ou celui de la crise sanitaire), le salarié sera soumis à la

(13) Dans l'immense majorité des cas, le droit de l'immigration ne prévoit pas le télétravail, le salarié devant justifier d'une embauche locale.

(14) Cass. soc., 19 janv. 2017, n° 15.22.835.



législation de sécurité sociale applicable dans le pays dans lequel il télétravaille ⁽¹⁵⁾, et ce indépendamment du maintien obligatoire (cas de double affiliation) ou volontaire (en cotisant par exemple à la CFE) à la sécurité sociale française. Pour ce faire, l'employeur devra *a minima* s'enregistrer auprès des services de sécurité sociale du pays concerné et obligatoirement établir des bulletins de salaire conformes à la législation locale, en faisant apparaître les charges sociales applicables dans le pays. Le DRH devra également s'assurer auprès des divers assureurs des risques liés à la protection sociale complémentaire (prévoyance, frais de santé) et que ces derniers sont bien couverts pendant la période de télétravail à l'étranger ou, à défaut, solliciter une modification contractuelle.

Lois applicables en matière fiscale

Sous réserve des conventions fiscales applicables, l'impôt sur le revenu du salarié sera probablement déclaré et payé dans le pays dans lequel le salarié aura établi sa résidence. C'est normalement son affaire personnelle. Mais l'employeur français sera peut-être tenu de déclarer, précompter et payer l'impôt dans ce pays. Par ailleurs, la présence du salarié pour exercer une activité professionnelle peut générer, pour l'entreprise française, un risque fiscal lié à la reconnaissance d'un établissement stable ⁽¹⁶⁾ du fait de la présence d'une installation fixe d'affaires ⁽¹⁷⁾.

Obligation pour l'employeur de créer une structure dans le pays

Certes, il existe, au sein de l'UE, un principe de libre circulation des biens et des personnes, mais la règle française permettant de rattacher à la sécurité sociale des salariés qui travaillent en France pour le compte d'un employeur étranger n'existe pas dans

tous les pays. Le cas échéant, l'entreprise devra ainsi créer une société ou une succursale pour employer le salarié dans le pays concerné.

Conditions de travail

Comment s'assurer du bon fonctionnement des outils informatiques et gérer les dysfonctionnements de ces outils nécessitant une intervention physique sur le matériel ? Le cas échéant, le salarié pourrait être contraint de se rendre dans les locaux de la société et pourrait solliciter le remboursement de ses frais de déplacement. Comment s'assurer que le lieu de travail du salarié est suffisamment sûr pour que l'entreprise puisse respecter son obligation de sécurité de résultat vis-à-vis du salarié ?

Dans le pire des cas

Le salarié ne préviendra pas son employeur de son changement de résidence et celui-ci en sera informé en cas de contrôle par une administration étrangère (services sociaux, fiscaux, immigration, autorité administrative) ou en cas de mise en cause de la société (accident de la route, accident du travail, responsabilité délictuelle ou contractuelle).

Las ! Après avoir pris conseil auprès de ses avocats en droit de l'immigration, en droit social, en droit fiscal et en droit des sociétés, le DRH décide :

- de refuser tout déménagement à l'étranger pour le salarié en situation de télétravail ;
- de mettre fin au télétravail des salariés qui décideraient de s'installer à l'étranger ;
- d'interdire par accord collectif ou par charte le télétravail à l'étranger ;
- de licencier le salarié qui refuserait de se conformer à ses directives.

Quelle serait la position du juge en cas de contentieux ? La restriction dans le choix du domicile serait-elle jugée indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché ? Le licenciement du salarié serait-il justifié par une cause réelle et sérieuse ?

Le DRH pourrait considérer que cette restriction constitue une immixtion justifiée dans la vie privée du salarié.

Au vu de la jurisprudence actuelle de la chambre sociale de la Cour de cassation et de celle de la

(15) Dès lors qu'il télétravaille plus de 25 % de son temps dans le pays de l'UE dans lequel il réside, les dispositions de l'article 13, § I, du Règlement CE n° 883/2004 s'appliqueront. Dans les autres pays, il convient, le cas échéant, de se référer à la convention bilatérale de coordination des régimes de sécurité sociale.

(16) CAA Lyon, 29 déc. 2009, n° 07LY01942, ou encore CA Amiens, ch. corr., 19 mars 2008, n° 07-00.804 et n° 07-00.813.

(17) L'OCDE a publié le 3 avril 2020 un rapport qui précise que l'on ne peut pas considérer qu'il y aurait une installation fixe d'affaires entraînant l'existence d'un établissement stable du simple fait du télétravail pendant la période de crise sanitaire. Mais qu'en sera-t-il après ? Par ailleurs, la durée de la crise sanitaire ne sera pas la même dans tous les pays. Le rapport OCDE réserve d'ailleurs le cas où le télétravail deviendrait une norme dans la durée.



CEDHLF, il n'est pas certain que l'entreprise ait gain de cause.

Il est donc important que le juge puisse avoir une vision objective des contraintes qu'une solution contraire entraînerait pour l'employeur et plus généralement sur la relation de travail.

Si le juge devait faire primer la liberté du salarié d'établir son domicile privé à l'étranger sur la liberté d'entreprendre (ou de ne pas entreprendre) dans un pays, cela aurait pour effet de créer un « véritable déséquilibre » au détriment de l'employeur. En effet, nul ne songerait à lui permettre d'imposer au salarié une mobilité permanente à l'étranger sans son accord. Pourquoi le salarié pourrait-il, du seul fait de son choix d'installer son domicile à l'étranger, imposer à l'employeur l'application de règles étrangères inconnues au moment de la signature du contrat de travail et de supporter les risques liés à l'exercice de son activité dans un pays dans lequel il n'a pas souhaité entreprendre ?

En clair, le choix personnel du salarié d'installer son domicile à l'étranger aurait pour conséquence de bouleverser l'équilibre même du contrat de travail en faisant entrer des éléments d'extranéité non voulus par les parties, voire de créer un nouveau contrat de travail, dès lors que la loi applicable n'est potentiellement plus la même (modification de la personne de l'employeur, s'il faut créer une nouvelle structure juridique, de la rémunération, de la durée du travail, des règles relatives aux repos obligatoires, aux heures supplémentaires, au droit de grève, etc.).

Pour couper court à tout débat, les partenaires sociaux et *in fine* le législateur pourraient poser une limite claire à la liberté de choix du domicile par le salarié.

En raisonnant dans un cadre plus large, l'Europe pourrait se saisir de la question de la mobilité internationale des salariés et créer un véritable statut cohérent (droit social, droit de la sécurité sociale, droit fiscal) pour le télétravailleur.

COMMENT ASSURER L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS ?

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous formulons quelques propositions qui, si elles étaient avalisées, auraient le mérite de clarifier les choses et de rétablir un équilibre. Selon nous, les pistes suivantes devraient pouvoir être explorées :

- introduire une règle légale permettant à la direction de s'opposer à ce que le télétravailleur puisse transférer son domicile à l'étranger sans son accord, dès lors que l'installation de cette résidence bouleverserait l'économie générale du contrat de travail. Cette exception semble proportionnée et justifiée sur le fondement de l'article 8-2 de la CEDHLF ;
- permettre, en cas d'accord des parties sur l'installation du salarié à l'étranger, de limiter contractuellement la prise en charge des frais liés au télétravail à ceux qui auraient été supportés si le télétravail avait continué à s'exercer en France ;
- créer un statut européen du télétravailleur prévoyant des règles de conflit de lois et de juridiction spécifiques (législation unique en matière de droit du travail, de sécurité sociale, de droit fiscal) dans l'hypothèse où le télétravailleur travaille dans un État membre de l'Union européenne. Une présomption pourrait s'appliquer en faveur de la loi de l'État membre dans lequel est installée l'entreprise, sauf liens plus étroits avec un autre pays. ♦