



Conséquences juridiques du télétravail

Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz

du 16 novembre 2016

Table des matières

1	Mandat	5
2	Interventions sur le même sujet	6
3	Définition	7
3.1	Notion	7
3.1.1	Travail à distance	7
3.1.2	Connexion par des moyens de télécommunications	7
3.1.3	Inclusion ou non du travail à domicile au sens traditionnel	8
3.1.4	Activités pouvant également être accomplies dans les locaux de l'entreprise	9
3.2	Différentes formes de télétravail	10
3.2.1	Télétravail régulier ou occasionnel	10
3.2.2	Selon le lieu d'exécution du travail	10
3.2.3	Télétravail total ou alterné	10
3.3	Télétravail et évolution des technologies	10
3.4	Appréciation	11
3.5	Terminologie	11
4	Evolution, portée actuelle, chiffres et statistiques	12
4.1	Travail à domicile au sens traditionnel	12
4.2	Télétravail	14
4.2.1	Evolution	14
4.2.2	Potentiel de développement	18
4.2.3	Egalité entre femmes et hommes et conciliation entre travail et famille	19
5	Avantages et désavantages du télétravail	22
5.1	Employeurs	22
5.1.1	Avantages	22
5.1.2	Désavantages	22
5.2	Travailleurs	23
5.2.1	Avantages	23
5.2.2	Risques	23
5.3	Collectivité	25
6	Règles applicables au télétravail	25
6.1	Qualification du contrat	25
6.1.1	En général	25
6.1.2	Effet du télétravail sur la qualification de contrat de travail	26
6.2	Règles générales de droit du travail	28
6.2.1	Droit privé	28
6.2.2	Droit public	29
6.3	Règles spéciales de droit du travail	29
6.3.1	Droit public: loi sur le travail à domicile	30
6.3.2	Droit privé: contrat de travail à domicile	30
6.4	Conventions collectives	31
6.5	Secteur public	32
6.5.1	Personnel fédéral	32
6.5.2	Personnel cantonal et communal	32

7	Questions juridiques	33
7.1	Instructions	33
7.2	Droit ou obligation de faire du télétravail; nécessité d'un accord préalable	34
7.3	Protection de la santé	36
7.3.1	En général	36
7.3.2	Information, instruction et consultation	37
7.3.3	Règles à observer par le travailleur	37
7.3.4	Contrôle par l'employeur et les autorités	37
7.3.5	Appréciation des règles en vigueur	37
7.3.6	Règles spéciales en matière de travail à domicile	38
7.4	Temps de travail, salaire et vacances	38
7.4.1	Temps de travail, horaires de travail	38
7.4.1.1	Flexibilité du temps et des horaires de travail	38
7.4.1.2	Limites posées par le droit public du travail	39
7.4.1.3	Télétravail et temps de travail	40
7.4.1.4	Trajet et temps de travail	42
7.4.2	Salaire	43
7.4.3	Vacances	44
7.5	Empêchement de travailler	44
7.5.1	En général	44
7.5.2	En cas de contrat de travail à domicile	44
7.6	Instruments de travail et frais	45
7.6.1	Situation en cas de télétravail	45
7.6.2	Règles sur la fourniture du matériel et la charge des frais	46
7.6.3	Implications en cas de télétravail	46
7.6.3.1	Accord préalable de l'employeur	46
7.6.3.2	Règles impératives: lien entre l'art. 327 et l'art. 327a CO	47
7.6.3.3	Notion d'instruments de travail et de matériel selon l'art. 327 CO	47
7.6.3.4	Frais «imposés» par le télétravail	47
7.6.3.5	Instruments ou matériel à double usage privé et professionnel	49
7.6.3.6	Occupation «en dehors de son lieu de travail»	49
7.6.4	Points qui posent problème en rapport avec les frais	50
7.6.4.1	Introduction	50
7.6.4.2	Accord entre l'employeur et le travailleur sur le télétravail	50
7.6.4.3	Report des frais sur le télétravailleur: règle de la LTrD pour le télétravail?	50
7.6.4.4	Frais «imposés» par l'exécution du travail	51
7.6.4.5	Usage mixte: règle de l'art. 327b CO?	51
7.7	Protection de la personnalité et protection des données	51
7.7.1	Généralités	51
7.7.2	Surveillance du télétravailleur	53
7.7.3	Sécurité des données	53
7.7.4	Utilisation d'appareils privés	54
7.8	Obligation de confidentialité, de discrétion et secret commercial	55
7.9	Responsabilité de l'employeur, responsabilité du travailleur	55
7.9.1	Responsabilité de l'employeur	55
7.9.2	Responsabilité du travailleur	56
7.9.3	Assurances responsabilité civile de l'employeur et du travailleur	57
7.9.3.1	Concours entre assurances	57
7.9.3.2	Couverture du télétravail par les assurances responsabilité civile	57
7.10	Rapports collectifs de travail	57
7.11	Assurances sociales	59

7.11.1	Assujettissement	59
7.11.2	Activité dépendante ou indépendante.....	59
7.11.3	Accident professionnel ou non-professionnel.....	60
7.12	Aspects fiscaux.....	61
7.12.1	Généralités	61
7.12.2	Déductions fiscales.....	61
7.12.2.1	Impôt fédéral direct	61
7.12.2.2	Harmonisation selon la LHID	62
7.13	Situations internationales	63
7.13.1	Personne travaillant à son domicile à l'étranger pour un employeur établi en Suisse	63
7.13.1.1	Compétence et droit applicable en matière contractuelle	63
7.13.1.2	Droit public du travail.....	65
7.13.1.3	Droit fiscal et assurances sociales	66
7.13.2	Personne travaillant à domicile en Suisse pour une entreprise située à l'étranger	67
7.13.2.1	En matière contractuelle	67
7.13.2.2	Droit public du travail.....	68
7.13.2.3	Droit fiscal et assurances sociales	68
7.13.3	Personne mobile.....	68
8	Législations étrangères	69
8.1	Union européenne	69
8.1.1	Accord cadre sur le télétravail.....	69
8.1.1.1	Introduction.....	69
8.1.1.2	Contenu de l'accord-cadre	69
8.1.2	Droits des Etats membres	71
8.2	Hors Union européenne.....	72
9	Point de vue des partenaires sociaux.....	73
10	Synthèse	74
10.1	Phénomène du télétravail	74
10.2	Avantages et désavantages.....	75
10.3	Problèmes juridiques en droit du travail	76
10.3.1	De manière générale	76
10.3.2	Insuffisances sur des points particuliers	76
10.3.2.1	En général	76
10.3.2.2	Législation existante sur le travail à domicile et définition du télétravail..	77
10.3.2.3	Droit ou obligation de faire du télétravail ? Accord préalable	77
10.3.2.4	Protection de la santé et temps de travail	77
10.3.2.5	Fourniture du matériel, infrastructure et frais	78
10.4	Assurances sociales et droit fiscal	78
10.5	Situations internationales	79
11	Conclusion.....	79
12	Bibliographie	80

1 Mandat

Le 14 mars 2012, Mme la conseillère nationale Lucrezia Meier-Schatz a déposé le postulat 12.3166 «Développement du télétravail. Conséquences juridiques». Le Conseil fédéral a proposé, le 16 mai 2012, d'accepter le postulat. Le Conseil national a adopté le postulat le 28 septembre 2012.

Le postulat charge le Conseil fédéral «de présenter un rapport sur les incertitudes juridiques liées à la flexibilisation croissante du travail, et notamment au développement du télétravail». Si l'on se réfère au texte allemand, l'on constate que le postulat vise plus particulièrement «die arbeitsrechtlichen Lücken, die sich durch die zunehmende Flexibilisierung des Arbeitsplatzes (Stichwort Home Office) ergeben,...». Le postulat vise donc plus précisément la flexibilisation de la place de travail, ou du lieu de travail, et se rapporte au droit du travail et aux relations de travail.

Dans son développement, le postulat rappelle que le travail à domicile traditionnel est en recul et qu'il a été remplacé par de nouvelles formes de travail à distance, principalement le télétravail: «Depuis que l'arrêté fédéral pour l'encouragement du travail à domicile a été abrogé, les rapports de travail sont régis par le CO. Au moment de l'abrogation de cet arrêté, il avait été souligné que le travail à domicile traditionnel des employés de l'industrie était remplacé par des formes nouvelles de travail à distance, soit le télétravail. On songe ici en particulier au télétravail des commerciaux et aux rapports de travail discontinus qui le caractérise.»

Le postulat constate ensuite que «Cette forme particulière de travail hors de l'entreprise entraîne sur le plan juridique des incertitudes qui exigent une analyse de la situation.» et énumère une série de points à examiner:

1. lieu de travail (cf. le droit de donner des instructions prévu à l'art. 312d CO);
2. équipement de travail et indemnités (cf. l'indemnisation convenable prévue à l'art. 327 CO);
3. secret commercial, ou secret commercial légalement protégé (cf. art. 321a al. 4 CO et art. 162 CP);
4. responsabilité civile et assurance: l'employé et l'employeur doivent déterminer l'assurance responsabilité civile qui couvrira les dommages éventuels;
5. temps de travail, salaire et vacances: aujourd'hui, lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part, l'employeur n'est tenu de lui payer le salaire que s'il occupe le travailleur d'une manière ininterrompue (art. 353b CO);
6. déductions fiscales;
7. sécurité et protection des données, y compris droit d'accès;
8. obligation de confidentialité prévue légalement et contractuellement;
9. responsabilité de l'entreprise et du salarié.

Le développement considère enfin qu'il devrait être possible «que l'employeur précise expressément dans le contrat de travail les conditions dans lesquelles le télétravail est exécuté» dès le moment où l'entreprise propose cette forme de travail à l'employé.

Le présent rapport va tout d'abord recenser les interventions sur le même sujet (ch. 2), puis aborder la notion de télétravail et ses différentes formes (ch. 3) et présenter son importance passée et actuelle, notamment en rapport avec le travail à domicile (ch. 4). Il va se pencher sur les avantages et inconvénients de cette forme de travail (ch. 5), déterminer les règles qui

lui sont applicables (ch. 6) et traiter des incertitudes juridiques qu'elle pose (ch. 7). Il reprendra à cet égard les points énumérés dans le postulat. Un aperçu de droit comparé sera également donné (ch. 8). Nous présenterons enfin les points de vue exprimés par l'Union patronale suisse et l'Union syndicale suisse sur le thème du télétravail, en réponse à une consultation informelle effectuée par l'administration fédérale (ch. 9). Le rapport se terminera par une synthèse (ch. 10) et une conclusion (ch. 11).

2 Interventions sur le même sujet

En l'an 2000, la Commission spéciale du Conseil national «Programme de législature 1999 à 2003», dans une motion 00.3209 «Politique de l'emploi», demandait au Conseil fédéral de proposer toutes les modifications législatives nécessaires à la protection des travailleuses et des travailleurs, imposées par le développement de la «nouvelle économie». Elle tenait pour envisageable que l'E-économie entraîne une péjoration accrue des conditions de travail et de salaire, notamment par la généralisation du télétravail ou du nomadisme. Le Conseil national a transmis la motion sous forme de postulat le 20 juin 2000.

Le télétravail a fait l'objet de plusieurs interventions ces dernières années. Une interpellation 09.3385 Lumengo «Télétravail en Suisse» s'est interrogée sur «la nécessité de légiférer sur le télétravail» et sur les dispositions légales permettant «aujourd'hui de garantir dans le télétravail la protection du travailleur et la couverture sociale». Le Conseil fédéral avait alors estimé qu'«aucune réglementation supplémentaire n'est nécessaire pour protéger les personnes qui fournissent du télétravail.» Une iv.pa. 11.433 Lumengo «Réglementer le télétravail en Suisse» demandait l'édiction de règles spéciales sur le télétravail, qui allient promotion de cette forme de travail et protection des travailleurs. L'iv.pa. Lumengo a été classée suite au départ de son auteur du Conseil national. Deux interpellations 11.3300 et 11.3663 Schmid-Federer, «Encouragement du travail à temps partiel» et «Concilier travail et famille grâce au télétravail» questionnaient pour l'une les possibilités d'encourager le télétravail ou le travail à domicile et, pour l'autre, les mesures pour accroître le recours au télétravail en vue de concilier travail et famille. Une motion 11.3882 Schmid Federer «Promotion du télétravail par des incitations fiscales» demandait que seuls les 90% du revenu généré par une activité effectuée à distance soient imposés et que les coûts fixes liés à une telle activité puissent être déduits à concurrence de 5'000 francs par année. Le Conseil national a rejeté la motion le 9 septembre 2013. Enfin, une motion 14.3127 Schmid Federer «CO. Réglementer l'indemnisation du télétravail à domicile et du télétravail itinérant» demandait «une modification de l'article 327 du Code des obligations afin que les salariés perçoivent une indemnité pour le matériel qu'ils utilisent afin d'exécuter un mandat dans le cadre d'une activité de télétravail à domicile ou de télétravail itinérant». Dans son avis du 21 mai 2014, le Conseil fédéral reconnaît que la question mérite d'être étudiée, mais propose le rejet de la motion, vu que le présent rapport était en préparation, qu'il traitait de l'ensemble des questions liées au télétravail, dont celle des frais pour le matériel utilisé. Le Conseil national a rejeté la motion le 20 juin 2014.

En outre, la motion 12.4120 Grossen «Télétravail. La Confédération doit montrer l'exemple» et un postulat 13.3358 Grossen «Mise en place d'incitatifs en faveur du travail à distance et à domicile dans l'administration fédérale» visent à ce que le télétravail se développe au sein de l'administration fédérale. Le postulat a été transmis par le Conseil national le 27 septembre 2013. Le Conseil fédéral proposait de l'accepter. La motion, qui demandait de fixer un quota minimum de 20% et que le Conseil fédéral proposait de rejeter, a été retirée par son auteur le 16 septembre 2014. Il s'est dit satisfait de l'acceptation de son postulat et a reconnu qu'un

quota n'était pas une mesure adéquate¹. Enfin, un postulat 13.3712 Feller «Introduction d'un suivi statistique des formes de travail flexibles dans le rapport annuel sur la gestion du personnel de la Confédération» mentionne en particulier le télétravail comme forme de travail flexible. Le postulat, que le Conseil fédéral proposait d'accepter, a été transmis par le Conseil national le 13 décembre 2013.

Enfin, les développements technologiques rapides et leurs effets importants sur le travail font apparaître des thématiques nouvelles qui sont proches de celle du télétravail ou dans lesquelles celui-ci s'insère. Ainsi, la digitalisation de l'économie amène à se poser une série de questions dont certaines rejoignent celles posées en lien avec le télétravail. Il s'agit notamment de la flexibilisation temporelle et spatiale de l'exécution du travail ainsi que de savoir si ces nouvelles formes de travail seront qualifiées de travail salarié. Des travaux sont en cours concernant les effets de la digitalisation sur le marché du travail. Ils résultent d'une part de l'adoption, le 20 avril 2016, de la Stratégie Suisse numérique par le Conseil fédéral, qui demande notamment au DEFR d'étudier les conséquences de la numérisation sur l'économie suisse. Ces travaux résultent d'autre part de mandats donnés par le Parlement, en particulier le postulat 15.3854 Reynard «Automatisation. Risques et opportunités», du 16 septembre 2015, adopté par le Conseil national le 18 décembre 2015. Ces travaux traiteront en particulier des questions qui se posent en lien avec les modèles économiques basés sur les plateformes internet.

3 Définition

3.1 Notion

3.1.1 Travail à distance

Le terme télétravail signifie travail à distance. Il désigne les personnes qui travaillent en dehors des locaux de leur employeur. Il s'agit du critère de base de la notion. Le télétravail s'effectue en dehors des locaux principaux de l'employeur, comme son siège ou une succursale. Des télécentres ou des bureaux satellites sont en effet régulièrement admis comme des lieux où effectuer du télétravail. Les organisations entièrement décentralisées qui n'ont pas de tout de site principal et dont tous les collaborateurs travaillent à distance constituent une catégorie analogue et peuvent également être ajoutées.

Avec le seul critère du travail à distance, la notion de télétravail est très large et regroupe toute activité effectuée à distance, de manière décentralisée. Elle inclut notamment le travail à domicile traditionnel. Deux autres critères s'ajoutent toutefois à celui-ci.

3.1.2 Connexion par des moyens de télécommunications

Tout d'abord, la connexion à distance à l'employeur par des moyens de télécommunication est exigée dans presque toutes les définitions existantes². Certaines définitions parlent d'utilisation des technologies de l'information³. C'est de cette manière que le télétravailleur est intégré dans l'organisation de l'employeur. Les moyens de télécommunication peuvent avoir plusieurs fonctions: la communication avec les autres personnes dans l'organisation, la transmission de données permettant notamment la livraison du travail réalisé ou l'accès aux informations ou aux bases de données de l'organisation. Dans leur majorité, les définitions

¹ BO 2014 N 1550

² P.ex., SANER, 7; PULVER, 12; FRANZ WALDNER, 211

³ Art. 2 de l'accord-cadre européen.

exigent que les moyens de télécommunication assurent la transmission de données⁴. Cette condition limite le type d'activités qui peuvent être effectuées par télétravail. Ce seront uniquement des activités de services de nature intellectuelle qui peuvent être effectuées par traitement de données. Les activités artisanales, manuelles, impliquant la réalisation d'un ouvrage matériel, sont exclues. Ce critère écarte aussi les travaux effectués à l'ordinateur et remis ou envoyés sur un support matériel (impression sur papier ou enregistrement sur une clé USB par exemple). Une autre définition, plus large, ne fait pas la différence entre transmission par des moyens de télécommunication ou sur un support matériel. Une dernière définition, très large, ne se rattache pas aux technologies de l'information pour l'exécution de l'activité ou pour la communication, un contact téléphonique étant suffisant⁵. Cette dernière définition inclurait donc également des tâches manuelles qui peuvent être effectuées à domicile et dont le résultat peut être livré à distance. Elle réduit à peu de choses le deuxième critère et tend à inclure toute forme de travail à distance, vu que le contact par téléphone peut aujourd'hui toujours être assuré.

Ces diverses définitions mettent en question le rapport entre la notion de télétravail et la nature de l'activité. Doit-il nécessairement s'agir d'une activité exécutée par ordinateur? De nos jours en effet, une personne qui effectue chez elle une activité manuelle ou artisanale peut relativement facilement communiquer avec son employeur par téléphone, par courriel ou par sms et être connectée au réseau de l'organisation par ordinateur. Une activité manuelle nécessite toutefois que des matériaux soient livrés, de même que l'ouvrage, une fois celui-ci terminé. Une organisation logistique supplémentaire et plus importante sera donc nécessaire dans ces cas.

Le critère de l'utilisation de moyens de télécommunications amène donc à une notion plus ou moins large suivant ce que l'on entend par utilisation. L'approche restrictive limite le télétravail à des activités de services de nature intellectuelle, alors que l'approche très large tend à inclure toute forme de travail à distance accompagnée au minimum d'échanges téléphoniques. C'est l'approche restrictive qui est dominante lorsqu'on parle de télétravail. Ce terme renvoie en effet le plus souvent aux développements récents de l'organisation du travail consistant à flexibiliser le lieu où le travail est effectué en exploitant les possibilités offertes par les nouvelles technologies de l'information. Une définition pourra toutefois être plus ou moins large suivant le but poursuivi.

3.1.3 Inclusion ou non du travail à domicile au sens traditionnel

Une approche plus ou moins large en rapport avec l'utilisation de moyens de télécommunication, qui détermine la nature des activités comprises, va avoir des conséquences sur l'inclusion ou non du travail à domicile traditionnel. Se justifie-t-il de regrouper le travail à domicile traditionnel et le télétravail dans une même catégorie?

Historiquement, le travail à domicile ne concernait que les activités artisanales. Le travail à domicile est en effet apparu avant la révolution industrielle et l'avènement de la fabrique ou de l'entreprise, qui ont centralisé et organisé les activités productives en un seul lieu. Le travail à domicile se développa surtout en lien avec un mode spécifique d'organisation de la production, appelé *Verlagssystem*. Ce système, qui s'est répandu en Europe à l'ère préindustrielle, s'est caractérisé par une chaîne de production et de commercialisation intégrée, gérée et contrôlée par le marchand-producteur, commanditaire de l'ouvrage. Celui-ci se procurait la matière première et commercialisait le produit fini. Il faisait appel aux travailleuses et

⁴ Ainsi, SANER, 7; PULVER, 12; FRANZ WALDNER, 211. Voir aussi pour l'Allemagne, RHEINHEIMER, 36.

⁵ Sur ces définitions plus larges: RHEINHEIMER, 36-37

travailleurs à domicile pour la fabrication du produit⁶. Ce système permit d'utiliser la force de travail et les compétences de populations essentiellement rurales. Il permit par la même de contourner les corporations des villes qui détenaient le monopole de la fabrication. Le marchand-producteur pouvait ainsi obtenir une production en quantité sans investissement fixe, pouvait adapter l'engagement de la main d'œuvre à la demande et avoir des coûts salariaux bas⁷.

Le travail à domicile a donc concerné avant tout des populations rurales et effectuant le travail en famille à la maison. Ces travailleuses et travailleurs avaient généralement besoin du revenu d'appoint apporté par le travail à domicile⁸. Elles étaient donc dépendantes des marchands ou des intermédiaires qui leur apportaient des commandes. Les marchands de leur côté étaient soumis à la concurrence et aux fluctuations sur le marché international et avaient besoin que les travailleuses et travailleurs à domicile soient flexibles et que la production ne soit pas trop coûteuse. Cette situation a créé des problèmes aigus: salaires de misère et manque de transparence sur le salaire versé, travail des enfants, travail de nuit et atteintes à la santé, conditions d'hygiène et de salubrité déplorables⁹. Des mesures de protection furent demandées mais n'intervinrent, pour diverses raisons, que relativement tardivement¹⁰. De plus, le travail à domicile s'insérait mal dans la protection des travailleurs qui s'est développée dès la fin du XIXe siècle, celle-ci se rapportant au travail dans les fabriques et au contrat de louage de services.

A l'opposé, le télétravail tel qu'on l'entend aujourd'hui se réfère à une évolution récente, liée à l'intégration des outils informatiques et des moyens de télécommunication modernes dans l'organisation du travail. C'est pourquoi il est avant tout envisagé pour des activités exécutables à l'aide d'un ordinateur, qui ne nécessitent qu'une connexion électronique à distance. Le télétravail s'est donc développé à une époque où la protection des travailleurs existait déjà. Il concerne aussi souvent ce qu'on appelle les travailleurs du savoir, une main d'œuvre souvent qualifiée. Il constitue enfin une évolution dans l'organisation du travail vers une plus grande flexibilisation, avantageuse pour l'employeur mais aussi pour le travailleur.

Ces différences historiques, sociales et économiques amènent à privilégier la définition restrictive du télétravail, impliquant l'utilisation des technologies de l'information pour exercer l'activité et éventuellement livrer le résultat du travail. Le télétravail et le travail à domicile traditionnel sont donc distincts d'après cette approche. Ils pourraient toutefois être regroupés sous le concept plus général de travail à distance. Ces deux formes de travail pourraient en effet poser des problèmes identiques qui appellent des solutions communes - du fait justement de l'élément du travail à distance, hors des locaux de l'employeur. Cette problématique sera abordée lors de l'examen des règles régissant ces deux formes de travail (ci-après ch. 6 et 7).

3.1.4 Activités pouvant également être accomplies dans les locaux de l'entreprise

Le troisième critère s'ajoutant à celui du travail à distance et de l'utilisation des moyens de télécommunication consiste à n'inclure que les activités qui pourraient également être accomplies dans les locaux de l'entreprise. Ce critère exclut les activités effectuées typique-

⁶ TANNER, 1; FRANZ WALDNER, 4 et 5-6

⁷ Sur les avantages économiques du *Verlagssystem* et son rapport au système des corporations: FRANZ WALDNER, 5, 12-13 et 18-19; TANNER, 1.

⁸ Voir FRANZ WALDNER, 16.

⁹ Voir message, du 8 juillet 1938, du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la protection des ouvriers à domicile (message 1938), FF 1938 II 201, 207-210

¹⁰ Message 1938, 201-205

ment hors de l'entreprise, comme celles effectuées sur un chantier ou celle de garde-forestier. Peu importe dans ces cas que le collaborateur fasse rapport sur son activité par un moyen de télécommunication.

3.2 Différentes formes de télétravail

3.2.1 Télétravail régulier ou occasionnel

Une distinction est faite entre le télétravail régulier et occasionnel. Un travailleur peut en effet terminer de temps en temps une tâche à la maison ou préparer une séance dans le train. Cette situation est différente de celle du travailleur qui décide d'entente avec son employeur de travailler régulièrement chez lui, que ce soit en partie ou entièrement. C'est le télétravail régulier qui est principalement visé dans le postulat et dans ce rapport. Mais le télétravail occasionnel va poser certains problèmes identiques à ceux du télétravail régulier, comme la confidentialité et la protection des données, le temps de travail ou la charge des frais d'achat et d'utilisation des appareils. Les problématiques communes doivent donc être identifiées, ce d'autant plus que les appareils informatiques, les téléphones mobiles ou les smartphones se sont généralisés dans la population, incitant de plus en plus de travailleurs à utiliser ces appareils pour exécuter une partie de leur prestation de travail et de plus en plus d'employeurs à fournir de tels appareils ou à organiser l'utilisation d'appareils privés au travail (ci-après ch. 3.3).

3.2.2 Selon le lieu d'exécution du travail

Plusieurs formes de télétravail sont répertoriées selon le lieu où l'activité est exécutée. Outre le travail dans les télécentres ou les bureaux satellites, le télétravail mobile ou nomade et le télétravail à domicile sont des formes généralement reconnues. Le télétravailleur mobile n'a pas de lieu fixe de travail et se déplace d'un endroit à un autre, alors que le télétravailleur à domicile travaille à son domicile privé.

3.2.3 Télétravail total ou alterné

Le télétravail peut également être total ou alterné. La terminologie est variable: l'on trouve également «télétravail intégral» ou «télétravail permanent» pour le télétravail total et «télétravail partiel» pour le télétravail alterné. Le télétravailleur fait du télétravail total si toute l'activité est effectuée à distance. Il fait du télétravail alterné s'il accomplit une partie de son activité dans les locaux de l'entreprise et une partie en dehors. Nous utiliserons le terme «télétravail alterné» pour cette forme de télétravail. Le télétravail partiel se rapportera à l'exécution d'une partie des tâches en dehors du bureau (répondre à des appels, écrire des courriels) et non d'une partie du temps de travail.

3.3 Télétravail et évolution des technologies

Les limitations à apporter à la définition du télétravail doivent également être interrogées au vu de l'évolution technologique rapide et de ses effets sur le monde du travail. Aujourd'hui en effet, les modes de connexion et de communication se sont grandement développés et multipliés. Le travailleur peut être joignable à distance sur son téléphone mobile, il peut consulter ses courriels professionnels sur son smartphone ou sur sa tablette. Ces appareils peuvent autant être ses appareils privés dotés - ou non - d'une connexion au réseau de l'organisation que des appareils mis à disposition par l'employeur.

Le télétravail peut dès lors s'intégrer dans une approche plus générale qui tend non seulement à ce que le travail soit possible en un lieu hors des locaux de l'employeur mais à ce que le travailleur devienne mobile et le travail possible à toute heure et en tout lieu¹¹.

Ces évolutions peuvent d'une part faire bouger les catégories établies jusqu'à présent. Faut-il garder le télétravail mobile comme une forme particulière de télétravail (voir ch. 3.2.2) ou est-ce que le télétravailleur sera automatiquement actif en divers lieux du fait de la joignabilité et de la connectivité plus faciles? Y a-t-il une nouvelle forme de travail distincte du télétravail? Une étude récente effectuée dans les Etats membres de l'Union européenne identifie le «travail mobile basé sur les TIC» comme une nouvelle forme d'emploi qui a émergé depuis le début des années 2000 et distingue ce travail mobile du télétravail par le fait que le travail est accompli en déplacement permanent ou en des lieux fixes divers et non en un lieu déterminé hors des locaux de l'entreprise¹².

Ces évolutions amènent à se demander d'autre part quel seuil fixer pour admettre qu'il y a du télétravail. Un poste de travail mobile constitué d'un ordinateur portable permettant d'accomplir toutes les tâches requises est-il nécessaire? Ou est-ce que la consultation et la réponse à des courriels ou la garantie d'être joignable hors des locaux de l'entreprise suffisent-elles? Et les tâches accomplies doivent-elles atteindre une certaine intensité, une certaine fréquence?

En principe, le télétravail désigne la délocalisation du poste de travail dans son ensemble et comprend donc l'ensemble des tâches du travailleur. L'accomplissement de certaines tâches à distance, le cas échéant de manière régulière, ne peut toutefois pas a priori être exclu de la notion, au vu en particulier des problèmes communs qui se posent. Le télétravail occasionnel doit également être pris en compte pour les mêmes raisons.

3.4 Appréciation

Nous prendrons comme base la notion plus restreinte de télétravail, réalisé à l'aide de moyens de télécommunication, qui pourrait également être accompli dans les locaux principaux de l'employeur et qui est effectué de manière régulière. C'est en effet ce télétravail-là qui fait l'objet des discussions actuelles et qui est visé par le postulat. Une approche plus large ne doit toutefois pas être exclue. En effet, les autres formes de travail à distance, en particulier le travail à domicile au sens traditionnel, ou des formes ne comprenant que l'exécution de certaines tâches, rendues possibles par les évolutions technologiques, présentent des recouvrements avec le télétravail.

3.5 Terminologie

Au vu de l'approche retenue au ch. 3.4, nous utiliserons la terminologie ci-dessous dans le présent rapport. Les catégories utilisées dans les statistiques (ch. 4.2) restent toutefois différentes.

¹¹ Voir à cet égard l'étude WorkAnywhere menée par Swisscom et les CFF en 2013, p. 4

¹² EUROFOUND, 72-73

Travail à distance	Toute forme de travail effectuée depuis l'extérieur de l'organisation.
Travail à domicile au sens traditionnel	Forme de travail à distance apparue avant la révolution industrielle et visée par la loi sur le travail à domicile et le contrat de travail à domicile.
Télétravail	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.
Télétravail régulier ou occasionnel	Selon la définition donnée ci-dessus (ch. 3.2.1)
Télétravail partiel	Télétravail ne portant que sur certaines tâches (lecture des courriels p.ex.) par opposition à la délocalisation de l'ensemble du poste de travail au moyen d'un ordinateur et d'une connexion à distance.
Télétravail total ou alterné	Selon la définition donnée ci-dessus (ch. 3.2.3).
Télétravail à domicile	Télétravail effectué depuis le domicile privé du travailleur.
Télétravail mobile	Selon la définition donnée ci-dessus (ch. 3.2.2).

4 Evolution, portée actuelle, chiffres et statistiques

4.1 Travail à domicile au sens traditionnel

Le travail à domicile au sens traditionnel a été décrit ci-dessus (ch. 3.1.3). Nous nous contentons ici d'en retracer l'évolution dans le temps. Le travail à domicile est apparu en Suisse à la fin du Moyen Age et restera, jusqu'à la fin du XIXe siècle, le premier mode de production dans l'industrie textile et l'horlogerie, les deux secteurs suisses d'exportation les plus importants¹³. En raison de l'industrialisation, de la mécanisation de la production et de l'apparition des fabriques, le travail à domicile décline dès le début du 20ème siècle pour ne remplir qu'un rôle marginal vers 1950¹⁴.

Dès 1950, le travail à domicile est resté marginal par rapport à l'ensemble de la population active occupée, tout en gardant une certaine importance dans certaines régions et branches. Ainsi, le recensement des exploitations dénombre 92'162 personnes occupées à domicile en 1905 et plus que 29'954 en 1955. Cela représente respectivement 9,5 et 1,6% des personnes occupées dans les exploitations du secondaire et du tertiaire¹⁵. Ce sont très majoritairement des femmes qui travaillent à domicile puisqu'elles représentent 72,8% de l'ensemble en 1905 et 83,5% en 1955. En 1978, l'on dénombrait 21'302 travailleuses et travail-

¹³ TANNER, 1; voir aussi FRANZ WALDNER, 3 ss.

¹⁴ Voir message 1938, 205-207

¹⁵ Voir OFS, Industrie à domicile: exploitations et emplois par canton, sexe, situation et branche (recensements des exploitations), disponible sous <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/dienstleistungen/history/01/00/06/02.html>

leurs à domicile, soit 4,2% du nombre de travailleurs en entreprise¹⁶. Parmi eux, 19'967 travaillaient dans l'industrie. 5'623 travaillaient dans l'industrie horlogère, ce qui représente 14,8% du nombre travaillant en entreprise dans cette branche et 5'672 dans l'industrie textile et la fabrication de vêtements, lingerie, chaussures et literie, soit 8,8% du nombre travaillant en entreprise. Ce travail était toujours en grande majorité féminin, puisqu'on a dénombré 19'861 femmes sur l'ensemble des 21'302 travailleurs à domicile. Selon les chiffres livrés par les organes cantonaux d'exécution de la LTrD, les travailleuses et travailleurs à domicile au sens traditionnel étaient 19'447 en 1990 et 10'506 en l'an 2000¹⁷.

Après cela, les travailleuses et travailleurs à domicile au sens traditionnel n'ont pas été dénombrés précisément. L'enquête suisse sur la population active (ESPA) ne recense que les personnes travaillant chez elles, sans autre distinction. Une estimation du nombre de personnes travaillant chez elles sans faire du télétravail a été faite, mais cette catégorie est certainement plus large que celle des travailleuses et travailleurs à domicile au sens traditionnel¹⁸. Nous avons repris cette approche et tenté de l'affiner. Sur la base de l'ESPA, l'OFS a ainsi déterminé le nombre exact de salariés effectuant du travail à domicile sans faire du télétravail. Pour mieux approcher le nombre de salariés effectuant du travail à domicile au sens traditionnel, nous avons dans un premier temps gardé uniquement ceux qui effectuent du travail à domicile régulier (plus de 50% du temps de travail). Ensuite, nous avons identifié le nombre de salariés travaillant dans le secteur secondaire, puisqu'il s'agit, historiquement, de travaux artisanaux ou manufacturiers. Les chiffres sont présentés dans le tableau suivant.

Travail à domicile sans télétravail (salariés)

	2001		2004		2013	
Travail à domicile sans télétravail	Nombre	% des salariés	Nombre	% des salariés	Nombre	% des salariés
Régulier et occasionnel	647'000	21,1	546'000	17,5	330'000	9,3
Régulier	55'000	1,8	38'000	1,2	34'000	0,96
Régulier dans le secteur secondaire (travail à domicile au sens traditionnel)	8'000	0,26	7'000	0,22	3'000	0,08

L'on constate une diminution nette depuis le début des années 2000 dans les trois catégories que ce soit en termes absolus ou relatifs. En particulier, le travail à domicile régulier dans le secteur secondaire - que nous utilisons pour estimer l'ampleur du travail à domicile au sens traditionnel - était déjà très marginal au début des années 2000 et a qui plus est nettement reculé depuis.

Le travail à domicile au sens traditionnel est essentiellement féminin : ce sont 7'000 femmes sur 8'000 en 2001, 5'000 femmes sur 7'000 en 2004 et une grande majorité des 3'000 sala-

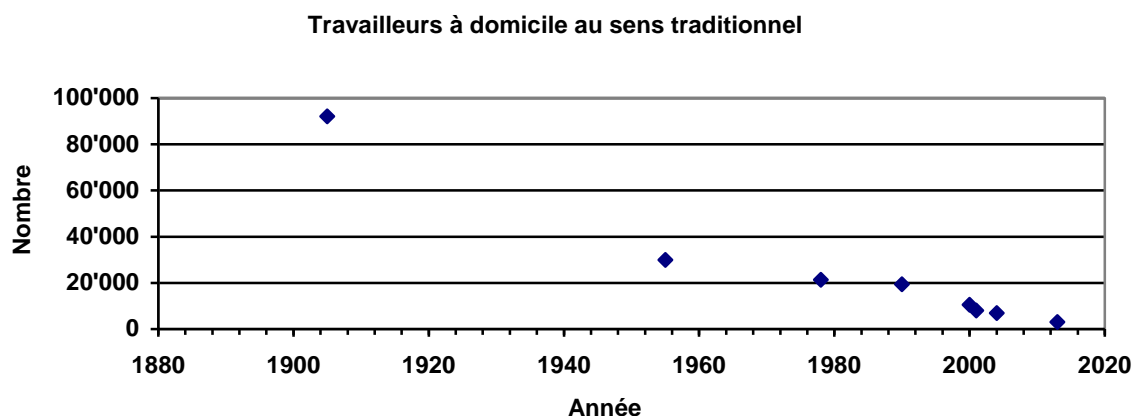
¹⁶ Chiffres tirés du message du Conseil fédéral du 27 février 1980 concernant la révision de la loi fédérale sur le travail à domicile (message 1980), FF 1980 II 282, 288 et 302. Le message se fonde vraisemblablement sur le recensement des exploitations et retient les branches de l'industrie et certaines branches du tertiaire (commerce de gros, commerce de détail, nettoyage, ateliers de réparation des administrations publiques).

¹⁷ Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 relatif à l'abrogation de l'arrêté fédéral tendant à encourager le travail à domicile (message 2010), FF 2010 489, 491

¹⁸ Message 2010, 492

riés comptés en 2013. Le télétravail (régulier et occasionnel) est quant à lui au contraire une forme de travail majoritairement masculine, comme nous allons le voir ci-après (ch. 4.2).

Le graphique ci-dessous retrace en guise de vue d'ensemble l'évolution du travail à domicile au sens traditionnel depuis le début du 20^{ème} siècle. Les sources des données étant différentes, ce graphique ne peut garantir la continuité dans les chiffres. Toutefois, il devrait donner un reflet fidèle de la tendance générale.



Mentionnons encore une enquête récente qui a dénombré 280 travailleurs à domicile dans l'horlogerie en 2014, avant tout des femmes¹⁹. Cette enquête conclut à un recul du travail à domicile dans cette branche depuis les années 70. Seule la réalisation de petites séries reste possible en termes de coûts par du travail à domicile, vu la mécanisation et l'automatisation de la production. Vu l'organisation logistique coûteuse (livraison du matériau à travailler et réception du produit fini au domicile), les salaires ne peuvent dépasser un certain plafond et restent bas. L'intérêt pour les travailleuses est d'avoir un revenu d'appoint et de pouvoir concilier les responsabilités familiales avec le travail. Du côté des entreprises, il s'agit de disposer d'une main d'œuvre qui sinon ne travaillerait pas et de maintenir des collaboratrices dans l'entreprise. Une politique du personnel allant volontairement dans ce sens semble aussi nécessaire.

4.2 Télétravail

4.2.1 Evolution

Malgré l'absence de chiffres récents précis, le travail à domicile au sens traditionnel semble donc aujourd'hui jouer un rôle quantitativement marginal sans avoir totalement disparu. Par opposition, le télétravail est une forme récente d'activité en dehors des locaux de l'organisation, qui a suivi l'évolution des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Il a connu un développement non négligeable et a suscité de grandes attentes à plusieurs égards (réduction de coûts et nouvelle organisation du travail pour les employeurs; autonomisation, flexibilité et conciliation travail et famille pour le travailleur; réduction des trajets ayant pour effet de désengorger les transports publics et les routes et de réaliser des économies d'énergie; travail dans les régions périphériques et pour les personnes handicapées). Les premières expériences en entreprise sont recensées dans les années 70 et 80²⁰, et des projets-pilotes sont mis en place dans les années 80 pour tester l'utilisation de la télématique pour le développement régional (p.ex., l'EPFL et l'EPFZ avec un télécentre à Ben-

¹⁹ RTS, 19.30 le journal, 7 mars 2014, disponible sous: <http://www.rts.ch/video/info/journal-19h30/5672655-quelques-entreprises-recourent-encore-au-travail-a-domicile-dans-le-domaine-de-l-horlogerie.html> (site consulté le 15.7.16)

²⁰ BUSER/POCHET/PULVER, 16; SANER, 33-35

glen dans l'agglomération zurichoise pour diminuer le trafic agglomération-centre ou les PTT avec les Communes Modèles en Communication)²¹. Parmi les développements récents, notons l'initiative du Home Office Day, lancée en 2009 et parrainée par plusieurs grandes entreprises du secteur privé ou public et des personnalités du monde politique. Cette initiative s'est transformée en 2014 en «Work-Smart Initiative»²², dédiée plus généralement aux formes flexibles de travail, dont l'une des composantes est le travail sans contrainte de lieu²³.

L'Enquête suisse sur la population active (ESPA) établit depuis 2001 des chiffres sur les personnes qui travaillent chez elles. Le travail à domicile au sens de l'enquête est une notion large qui englobe tant le travail à domicile au sens traditionnel que le télétravail à domicile. L'ESPA fait la distinction entre les personnes qui travaillent normalement à leur domicile et celles qui le font de manière occasionnelle. Le travail à domicile est normal ou régulier s'il concerne la moitié ou plus de l'activité. Il est occasionnel si la personne interrogée a travaillé au moins une fois à son domicile durant les 4 semaines précédant l'interview. L'ESPA comprenait de plus en 2001, 2004 et 2013 des questions spécifiques sur le télétravail, défini comme le travail à domicile comprenant l'utilisation d'un ordinateur et d'internet et impliquant un échange de données par internet avec l'employeur ou le mandant²⁴. Ces questions sur le télétravail sont posées chaque année depuis 2013²⁵. L'ESPA porte sur l'ensemble de la population active, mais permet de déterminer la part de salariés qui travaillent à domicile. Nous nous limiterons ci-après aux salariés.

Nous commencerons par examiner les chiffres du travail à domicile et du télétravail à domicile réguliers. Ceux-ci sont reproduits dans le tableau ci-dessous.

Travail à domicile et télétravail à domicile réguliers (salariés)

	2001		2004		2013		2015	
	Nombre	en %	Nombre	en %	Nombre	en %	Nombre	en %
Travail à domicile régulier (salariés)	67'000	2,2	56'000	1,8	70'000	2	85'000	2,3
Télétravail à domicile régulier (salariés)	12'000	0,4	18'000	0,6	36'000	1	47'000	1,3

Le taux de salariés effectuant normalement du télétravail est donc relativement faible: de 0,4% en 2001 et 0,6% en 2004, à 1% en 2013 et 1,3% en 2015. L'augmentation reste tout de même nette entre le début des années 2000 et 2015. Elle est d'autant plus notable que le taux de travailleurs à domicile réguliers n'a pas augmenté et oscille autour de 2%. Cela signifie que la part du télétravail régulier dans le travail à domicile régulier a beaucoup augmenté. De 18,2% en 2001, elle passe à 33,3% en 2004, pour atteindre 50% en 2013 et 55% en 2015. Ainsi, de plus en plus de travailleurs salariés à domicile sont équipés d'un ordinateur, d'une connexion internet et communiquent par échanges de données avec leur employeur.

²¹ Voir entre autres BUSER/POCHET/PULVER, 15; SANER, 31-33

²² Voir <http://work-smart-initiative.ch/fr/work-smart/fonctionnement-de-work-smart/>

²³ Voir par exemple la charte qui définit les contours et les engagements propres à cette initiative: http://work-smart-initiative.ch/media/36143/150609_charta_work_smart_fr.pdf

²⁴ Cette forme de télétravail est désignée par le terme « télétravail à domicile » dans les statistiques de l'OFS. Ce même terme est utilisé dans ce chapitre et dans le reste du présent rapport.

²⁵ L'OFS a églément établi un indicateur sur le télétravail à domicile : http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30902.9.html.

Le taux de télétravailleurs réguliers parmi les salariés n'en reste pas moins faible. Ce faible taux est à relativiser au vu de la définition restrictive retenue ici. Il s'agit, d'une part, uniquement du télétravail à domicile et d'autre part de télétravail à domicile représentant plus de la moitié du temps de travail. Les télétravailleurs mobiles et ceux qui font du télétravail régulièrement un ou deux jours sur cinq ne sont ainsi pas compris. Pour obtenir une estimation qui englobe mieux les autres formes de télétravail, nous allons tout d'abord intégrer les personnes qui font du télétravail à domicile occasionnellement. Cela permet d'inclure le télétravail effectué régulièrement mais à moins de 50% de l'activité, par exemple un ou deux jours de travail à la maison sur cinq. Le télétravail à domicile occasionnel selon le relevé de l'ESPA va toutefois bien plus loin que le télétravail à domicile effectué régulièrement, puisqu'il inclut toute personne qui a accompli une tâche chez elle au moins une fois dans un intervalle de temps de 4 semaines. L'approche reste donc approximative. Ensuite, nous utiliserons les chiffres disponibles sur les actifs dont le lieu de travail est changeant. L'ESPA ne relève pas ceux qui disposent d'un ordinateur et d'une connexion internet et qui effectuent des échanges de données par internet avec leur employeur. Nous émettons toutefois l'hypothèse que, dans les années 2000, une majorité des salariés dont le lieu de travail est changeant dispose d'une connexion téléphonique mobile ou d'un ordinateur portable. Que le plus grand nombre ait pu échanger des données à distance avec l'employeur dès 2001 ne peut être garanti au vu des évolutions technologiques. Cela peut toutefois être raisonnablement admis pour ce qui est de l'année 2013 ou 2015. Il faut donc garder à l'esprit que les données à disposition ne permettent pas d'avoir des chiffres précis, que ce soit sur les télétravailleurs à domicile qui accomplissent régulièrement moins de la moitié de leur temps de travail à la maison ou sur les télétravailleurs mobiles, qui utilisent un ordinateur et internet et échangent des données à distance avec leur employeur. L'approche choisie devrait toutefois donner une idée globalement correcte de l'évolution générale du télétravail.

En ajoutant les salariés faisant du télétravail à domicile occasionnel (régulièrement mais moins que la moitié de leur temps de travail et véritablement occasionnel) aux salariés qui font normalement du télétravail, nous obtenons les résultats suivants.

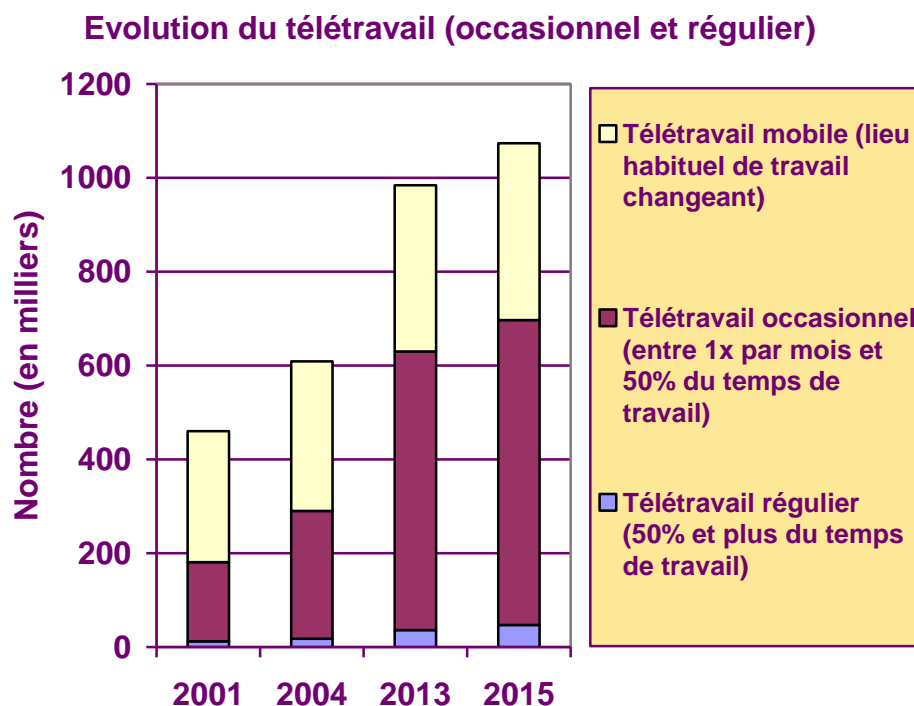
	2001		2004		2013		2015	
	Nombre	en %	Nombre	en %	Nombre	en %	Nombre	en %
Télétravail à domicile régulier et occasionnel (salariés)	181'000	5,9	272'000	8,7	594'000	16,7	697'000	18,7

Une augmentation notable est à relever depuis le début des années 2000 tant en termes absolus que relatifs. Elle confirme l'augmentation observée pour les seuls télétravailleurs à domicile réguliers.

Ajoutons maintenant les personnes dont le lieu de travail est changeant (télétravail mobile). Les salariés dont le lieu de travail est changeant étaient au nombre de 342'000 en 2001, de 380'000 en 2004 de 448'000 en 2013 et de 477'000 en 2015, soit respectivement 11,1%, 12,2%, 12,6% et 12,8% des salariés²⁶. Ainsi, en ajoutant les salariés effectuant du télétravail à domicile occasionnel et les salariés dont le lieu de travail est changeant ce sont près de

²⁶ Ces chiffres ne prennent pas en compte le fait qu'une partie de ces salariés font aussi du télétravail à domicile. Il y a donc un comptage à double qui est corrigé dans les additions qui suivent.

30% des travailleurs qui sont concernés par le phénomène du télétravail en 2015, au moins de façon occasionnelle. Le graphique ci-dessous montre l'évolution constatée.



Les autres enquêtes menées depuis le début des années 2000 confirment ces ordres de grandeurs, même si les comparaisons ne peuvent être qu'approximatives au vu des notions différentes de télétravail utilisées dans chaque étude. Ainsi, une étude réalisée en 2000²⁷ a estimé qu'il existait 4% de travailleurs à distance utilisant des moyens de télécommunication, soit environ 130'000 personnes et parmi eux, 0,7% exerçant une activité qui aurait également pu être accomplie dans l'entreprise, soit 25'000 personnes. Les 130'000 sont à mettre en parallèle avec les 181'000 travailleurs effectuant du télétravail à domicile régulier ou occasionnel en 2001, auxquels il faudrait ajouter les travailleurs dont le lieu de travail change. Si l'on fait cet ajout, le chiffre résultant de l'ESPA, 460'000 télétravailleurs, est bien plus élevé. L'ESPA regroupe toutefois une catégorie très large de télétravailleurs, notamment du fait de la définition large du télétravail occasionnel et du critère du lieu de travail changeant, qui n'inclut pas le critère de l'utilisation d'un ordinateur et d'une connexion internet. Les 25'000 personnes dénombrées dans cette étude donnent une indication qui ne ressort pas des chiffres de l'ESPA. Ce sont les postes de travail qui ont été véritablement délocalisés, c'est-à-dire qui ont fait l'objet d'une modification de l'organisation du travail. Une enquête de 2005 effectuée dans l'Union européenne et en Suisse²⁸ dénombre 8,3% de télétravailleurs à domicile, utilisant un ordinateur, et sans distinction entre travail régulier ou occasionnel. Ce chiffre est très proche des 8,7% de télétravailleurs salariés à domicile, réguliers ou occasionnels, recensés par l'ESPA en 2004.

Le recul du travail à domicile traditionnel et le développement du télétravail sont donc confirmés par les chiffres à disposition. En 2015, l'on peut estimer que le phénomène du télétravail a pris de l'ampleur en comparaison avec le début des années 2000 et que, avec 697'000

²⁷ SCHWARB/VOLLMER, 2000, 41

²⁸ Eurofound, Fourth European Working Conditions Survey, Annexe , question 11g

télétravailleurs salariés à domicile réguliers et occasionnels et 477'000 travailleurs salariés dont le lieu de travail change, il a une portée qui dépasse de très loin celle du travail à domicile traditionnel. Il n'en reste pas moins que le télétravail à domicile régulier concerne une minorité de travailleurs. Cette minorité est tout de même loin d'être négligeable. L'on sait en effet que 18,7% des salariés faisaient du télétravail à domicile régulier ou occasionnel en 2015. Le télétravail régulier à domicile, portant sur plus ou moins de la moitié du temps de travail, se situe donc entre 1,3 et 18,7%.

Que le télétravail régulier ne soit pas si répandu tient probablement à ce que le potentiel du télétravail n'est pas sans limites. Il ne convient qu'à certaines activités tandis que d'autres sont impossibles à accomplir sous cette forme (agriculture, industrie employant des machines, construction, etc.). Une enquête effectuée par le Centre patronal en 2013 auprès de 571 entreprises vaudoises²⁹ montre que 93 entreprises pratiquent le télétravail, alors que 478 ne le pratiquent pas. Parmi ces dernières, 148 invoquent l'incompatibilité du télétravail avec leur activité, du fait de la présence de machines en atelier ou de la petite taille de l'entreprise. Pour 34 d'entre elles, le contact avec la clientèle est indispensable et pour 23, des documents papier sont difficilement transportables ou doivent rester dans l'entreprise pour être consultés par les autres collaborateurs. En outre, même si l'activité s'y prête a priori, un groupe de 64 entreprises invoque des obstacles techniques, organisationnels ou financiers, à savoir la confidentialité et la sécurité informatique (30), le contrôle de la durée et de la qualité du travail (11), l'isolement du travailleur et l'importance des contacts directs (12), les coûts de mise en œuvre (8) ou de mauvaises expériences (3).

4.2.2 Potentiel de développement

Les chiffres ci-dessus n'indiquent pas si tous les travailleurs salariés qui pourraient potentiellement faire du télétravail en font. Une estimation de 2010 a chiffré à 450'000 le nombre de travailleurs du savoir qui pourraient faire du télétravail à domicile un jour par semaine³⁰. Cela représente environ 10% du total des travailleurs en 2010 et 20% des travailleurs du savoir selon cette estimation. Ce chiffre peut être mis en parallèle avec les 433'000 travailleurs qui, selon les chiffres de l'OFS, faisaient du télétravail à domicile régulier ou occasionnel. Ce dernier chiffre englobe une catégorie plus large de travailleurs, car il comprend aussi les personnes qui font du télétravail à domicile de temps en temps et il ne se limite pas aux travailleurs du savoir.

Même si ces chiffres sont insuffisants pour tirer des conclusions définitives, l'hypothèse selon laquelle le télétravail dispose encore d'un potentiel de développement en Suisse peut être raisonnablement admise. L'étude du Centre patronal (voir ci-dessus 4.2.1) tend également à le montrer. En effet, 22 des entreprises ayant participé à l'enquête envisageaient d'introduire le télétravail après avoir résolu certains problèmes pratiques et 20 se disaient ouvertes sur ce point sans avoir de projet précis. Et 206 entreprises n'ont certes pas l'intention de le faire, mais ne l'ont pas fait uniquement car l'occasion ne s'est pas présentée, sans mentionner d'obstacle particulier. Un sondage a aussi été fait en 2014 auprès de 423 entreprises en Suisse romande et en Suisse allemande, dans les branches de services à haute intensité de connaissance et dans les administrations publiques pour évaluer le degré de flexibilité géographique et temporelle dans ces secteurs³¹. Ces deux secteurs ont été choisis au vu du haut potentiel existant pour le travail flexible. L'étude distingue 5 phases de flexibilisation du

²⁹ Fédération Patronale Vaudoise, Prise de position du 21 octobre 2013, Consultation relative au postulat Martial de Montmolin «Le télétravail dans l'économie privée, une piste pour nos infrastructures de transports?», disponible sous: <http://www.centrepatronal.ch/index.php?id=2122>

³⁰ Oliver Gassmann, HomeOffice Day: selbstbestimmt und produktiv, Home Office Day 2010, 18.5.2010

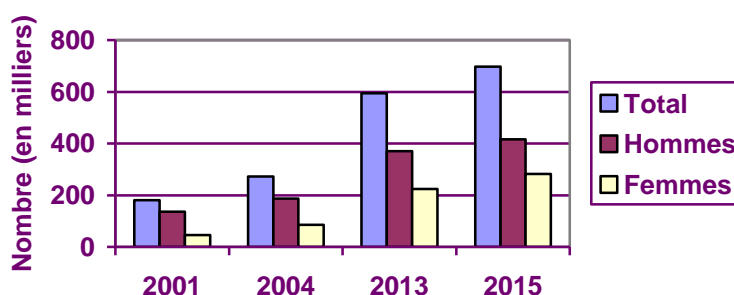
³¹ WEICHBRODT/TANNER/SCHULZE, 2-3

travail, du travail stationnaire à l'entreprise en réseau, en passant par le travail flexible à titre exceptionnel, la mutation et l'évolution lente et le travail flexible largement établi. Il ressort du sondage que 90 % des entreprises des branches de services à haute intensité de connaissances ne sont plus en phase de travail stationnaire et ont introduit le travail flexible et que 53% sont en phase de mutation ou à un stade avancé de flexibilité. Les administrations publiques sont quand à elles pour 63% d'entre elles dans la phase de travail flexible à titre exceptionnel. La volonté d'avancer de une à deux phases dans les prochaines années est présente chez 31% des entreprises et 50% des administrations. Le projet-pilote des CFF et de Swisscom, «WorkAnywhere», mené avec 264 de leurs employés pendant 2 mois, montre aussi qu'un tel potentiel existe : les participants ont pu augmenter la part de travail effectué à la maison ou en chemin de 24 à 33% du temps de travail total, la part du travail à domicile ayant à elle seule augmenté de 14 à 21%³².

4.2.3 Egalité entre femmes et hommes et conciliation entre travail et famille

Les chiffres existants peuvent aussi être examinés du point de vue de l'intégration des femmes sur le marché du travail et de la conciliation entre travail et famille. Si, comme nous l'avons vu, le travail à domicile au sens traditionnel est typiquement féminin, le télétravail à domicile est quant à lui un phénomène majoritairement masculin. Une forte majorité des télétravailleurs salariés à domicile (réguliers et occasionnels) sont ainsi des hommes: 74,9% en 2001, 68,7% en 2004, 62,2% en 2013 et 59,6% en 2015. La part des femmes a tout du moins augmenté depuis le début des années 2000 pour passer de 25,1% à 40.4%. De plus, le télétravail à domicile régulier fait exception. Il concerne en majorité les femmes jusqu'en 2013: l'on dénombre 8'000 femmes pour 4'000 hommes en 2001, 10'000 femmes pour 8'000 hommes en 2004 et 20'000 femmes pour 16'000 hommes en 2013. Les proportions sont équilibrées en 2015 : 23'000 femmes pour 24'000 hommes.

Télétravail à domicile (régulier et occasionnel) selon le sexe



Rien n'indique que les raisons de cette majorité masculine dans le télétravail à domicile régulier et occasionnel relèvent d'une plus grande implication des pères dans la vie familiale. Aujourd'hui encore en effet, l'essentiel des tâches éducatives et domestiques est assuré par les femmes, qui y font face en réduisant leur taux d'occupation, tout particulièrement dès que le

³² CFF / SWISSCOM, 12

couple a des enfants³³. Une étude sur le télétravail dans l'Union européenne confirme le caractère plus masculin du télétravail. Ce sont 8,1% des employés masculins en moyenne qui font du télétravail alors que 5,8% seulement des femmes pratiquent cette forme de travail³⁴. L'explication donnée est que les secteurs avec les taux les plus élevés de télétravail (p.ex., l'immobilier ou les services financiers) sont caractérisés par une main d'œuvre essentiellement ou majoritairement masculine. Ce facteur explicatif pourrait être pertinent pour la Suisse mais ne peut être transposé sans autres. Prenons pour donner un exemple les secteurs de l'enseignement ainsi que de la santé humaine et l'action sociale. Ces secteurs sont à forte composante féminine puisque les femmes représentent près de 70% du total des effectifs de ces deux secteurs, que ce soit en 2001, 2004 ou 2013. Ils sont aussi bien représentés dans les chiffres du télétravail puisqu'ils groupent entre 20 et 30% des télétravailleurs à domicile réguliers et occasionnels. Les télétravailleuses constituent aussi la majorité des effectifs dans ces deux secteurs, sauf dans l'enseignement en 2001. Ainsi, en 2013, plus de 63% des personnes faisant du télétravail à domicile régulier et occasionnel dans ces deux secteurs étaient des télétravailleuses.

Ces chiffres ne donnent pas d'indications sur la part des femmes qui, après avoir eu des enfants, sont, grâce au télétravail, restées sur le marché du travail ou ont travaillé à un taux d'occupation plus élevé. L'on ne connaît pas non plus la part de femmes qui auraient gardé un travail ou auraient travaillé plus si elles avaient la possibilité de faire du télétravail. Une étude de 2003 indique que 80,5% des femmes n'ont pas la possibilité de travailler à domicile, que 57,1% d'entre elles ont des horaires inflexibles et 47,9% n'ont pas d'autonomie organisationnelle³⁵. Dans le cas de la flexibilité et de l'organisation autonome, leur part est significativement plus élevée que celle des hommes, ce qui n'est pas le cas de l'impossibilité de travailler à domicile.

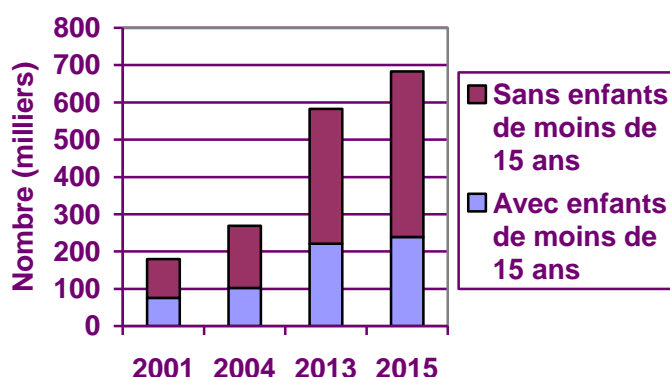
Les télétravailleurs à domicile (réguliers et occasionnels) avec enfants de moins de 15 ans représentent 42,2% des télétravailleurs à domicile en 2001, 37,8% en 2004 et 35% en 2015. Leur part n'est pas plus élevée que celle des travailleurs dont les enfants ont plus de 15 ans ou qui n'ont pas d'enfants. De plus, chez les télétravailleurs à domicile avec enfants de moins de 15 ans, la répartition entre hommes et femmes suit la répartition pour l'ensemble des télétravailleurs.

³³ Voir OFS, Vers l'égalité entre femmes et hommes - Situation et évolution, Neuchâtel 2013, p. 12-13 et 16-17 et OFS, Égalité entre femmes et hommes: indicateurs de la conciliation emploi et famille 2014, disponible sous http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/20/01/new/nip_detail.html?gnplD=2015-080

³⁴ WELZ/WOLF, 7. Le rapport date de 2010 mais se fonde sur une enquête menée en 2005.

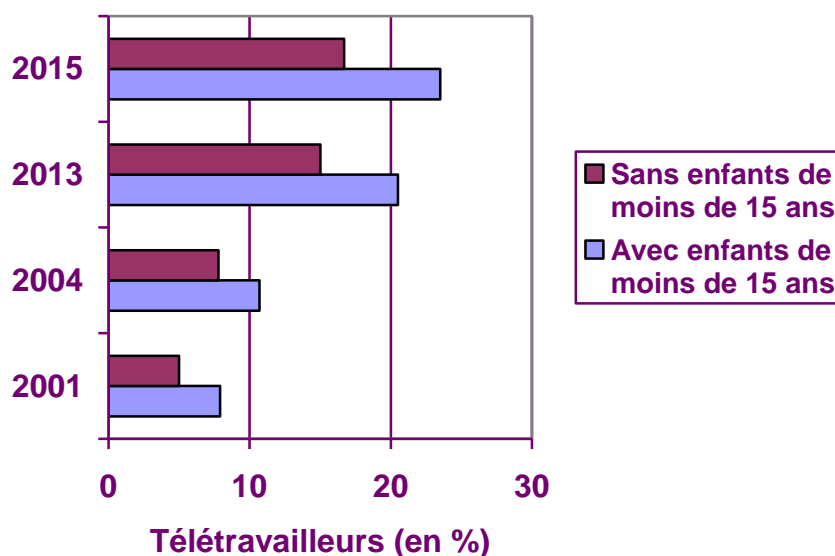
³⁵ GAZARETH, 154

Télétravail à domicile régulier et occasionnel selon le type de famille



Une différence significative chez les télétravailleurs ayant des enfants de moins de 15 ans est leur proportion par rapport à l'ensemble des travailleurs de cette catégorie. Ce sont 7,9% de cette catégorie de travailleurs qui font du télétravail en 2001, alors qu'ils ne sont que 5,0% chez les travailleurs sans enfants de moins de 15 ans (sans enfants et enfants de plus de 15 ans). En 2004, ils sont 10,7% contre 7,8% parmi les autres travailleurs. En 2013, il y a 20,5% de télétravailleurs parmi les travailleurs ayant des enfants de moins de 15 ans. Ils ne sont que 15% parmi les autres travailleurs. Enfin, en 2015, ces proportions sont respectivement de 23,5 et 16,7%. Cette différence concerne autant les hommes que les femmes, que ce soit en 2001, 2004, 2013 ou 2015.

Part des télétravailleurs (réguliers et occasionnels) selon le type de famille



L'on observe donc une tendance plus forte à faire du télétravail chez les travailleurs qui ont des enfants en bas âge ou qui sont encore jeunes. Cela confirme l'hypothèse selon laquelle

la conciliation entre travail et famille est une raison pour faire du télétravail, sans que ce soit la seule raison ou la raison dominante.

L'on peut aussi constater que cette motivation a pris de plus en plus d'importance depuis le début des années 2000. En effet, les travailleurs ayant des enfants de moins de 15 ans sont de plus en plus nombreux à faire du télétravail à domicile. De 76'000 en 2001, leur nombre a passé à 102'000 en 2004, à 221'000 en 2013 et à 239'000 en 2015. Cette évolution est confirmée en termes relatifs puisque, si 7,9% des travailleurs ayant des enfants de moins de 15 ans sont des télétravailleurs en 2001, ils sont 10,7% en 2004, 20,5% en 2013 et 23,5% en 2015.

5 Avantages et désavantages du télétravail

Le télétravail présente des avantages à plus d'un titre que ce soit pour les employeurs, les personnes qui travaillent ou la collectivité. Les risques, inconvénients et limites de cette forme de travail ne doivent toutefois pas être ignorés³⁶.

5.1 Employeurs

5.1.1 Avantages

Pour les employeurs, cette forme de travail permet une grande mobilité des travailleurs et une organisation du travail décentralisée voire même détachée de tout lien à un lieu déterminé. Si la mobilité répond à une nécessité dans certains domaines ou types d'activités, lorsque par exemple des déplacements fréquents chez les clients sont nécessaires, l'organisation décentralisée du travail est pour un employeur une option dans la manière dont il organise le travail. Les avantages escomptés sont tout d'abord une meilleure flexibilité, une plus grande productivité et une économie de coûts, principalement par la réduction du besoin en locaux³⁷. Le télétravail aura ensuite des effets sur la qualité du travail fourni, notamment par l'économie de temps et d'énergie générée par l'absence de trajet et parce que le travail à la maison peut donner la possibilité de mieux se concentrer sur les tâches à accomplir. Il s'agit enfin d'augmenter la motivation des employés et de les fidéliser, en répondant à un souhait de leur part, en particulier s'ils ont une famille. La motivation et le rapport de confiance peuvent aussi être améliorés par la plus grande autonomisation dont bénéficie le télétravailleur.

5.1.2 Désavantages

Ces avantages permettent en même temps de voir les désavantages potentiels pour un employeur. Ainsi, la mobilité n'est pas une nécessité pour tous et la présence dans les locaux de l'organisation peut répondre à des besoins concrets, comme l'utilisation d'outils ou de machines ou la consultation de documents sur place. La présence a toutefois avant tout un aspect qualitatif qui se perd lorsque la personne fait du télétravail. La question est de savoir si les nouveaux moyens de communication permettent de compenser cette perte. Un aspect

³⁶ Pour un résumé, jusqu'à la fin des années 90, des divers effets positifs recherchés, de leur évolution dans le temps et de leur réalisation ou non, voir BUSER/POCHET/PULVER, 10-14.

³⁷ Voir notamment, sur ces avantages et les autres mentionnés dans ce paragraphe, BUSER/POCHET/PULVER, 35 et economiesuisse, Télétravail : davantage d'efficacité grâce à des formes de travail modernes, dossier politique, 10 avril 2012, disponible sous http://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/downloads/2012_04_10_dp08_Teletravail.pdf, 3 (réduction des coûts) et 4 (ensemble des effets positifs).

qui a été beaucoup discuté³⁸ concerne les échanges informels induits par le contact direct entre collaborateurs. Ces contacts permettent l'échange d'idées et par conséquent l'innovation, ce qui ne peut être obtenu, selon les avis critiques, lorsqu'une personne travaille chez elle.

La difficulté de contrôler le travail effectué à distance est un obstacle souvent mentionné en rapport avec le télétravail. Une gestion hiérarchisée du travail et un mode classique de contrôle du travail et de surveillance sont alors privilégiés. Il est certain que le télétravail ne peut se mettre en place sans un changement dans le mode de gestion, qui s'orientera vers plus d'autonomie du travailleur, associée à un contrôle du résultat du travail. Ce point peut aussi être perçu comme un avantage ou une évolution positive. Il faut également noter que les moyens de contrôle à distance des appareils informatiques et de télécommunications se sont tant développés que le contrôle total et disproportionné des télétravailleurs est devenu autant un problème que celui de l'absence de contrôle (voir ci-dessous, ch. 7.7.2).

5.2 Travailleurs

5.2.1 Avantages

Pour les personnes qui travaillent, l'avantage principal réside dans la flexibilité offerte par le télétravail, qui permet en particulier une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie familiale³⁹. Le télétravailleur qui reste à la maison pourra organiser son temps de travail plus librement de sorte à pouvoir participer aux tâches domestiques et à la prise en charge des enfants. Le télétravail devrait en particulier faciliter le maintien des femmes sur le marché du travail après l'arrivée des enfants, puisque ce sont elles qui assument encore aujourd'hui le plus souvent la charge de travail qui en résulte. Un autre aspect concerne la fatigue et le stress, diminués par l'économie des trajets parfois longs pour se rendre à sa place de travail. Le télétravail peut enfin permettre à des personnes dont le handicap limite les possibilités de déplacement de travailler.

5.2.2 Risques

Le télétravail n'est toutefois pas sans risques pour le travailleur. L'un d'entre eux est l'isolation du reste de ses collègues et les conséquences qu'elle peut avoir en termes de socialisation ou de développement professionnel⁴⁰. Le travailleur qui n'est pas là risque d'avoir une présence moins marquée et d'être de ce fait désavantagé lorsqu'une possibilité de promotion professionnelle se présente. L'isolation et la décentralisation seront aussi des obstacles à l'organisation collective des travailleurs.

Une série de risques concerne par ailleurs la protection de la santé des travailleurs. Ainsi, l'ergonomie du poste de travail ne sera pas nécessairement garantie au domicile du travailleur ou en tout autre lieu extérieur à l'organisation. En outre, les risques liés à la flexibilisation du lieu et des horaires de travail doivent aussi être pris en compte⁴¹. L'autonomie organisa-

³⁸ Voir notamment, Tages Anzeiger, Glaubenskrieg ums Homeoffice, 27.2.2013. L'entreprise Yahoo a notamment décidé en 2013 d'interdire le télétravail pour cette raison. Elle s'est probablement inspirée de l'approche suivie par Google qui vise à favoriser au maximum les contacts entre collaborateurs et à limiter de ce fait le télétravail. Un cadre de Google a ainsi déclaré répondre «Le moins possible.», lorsqu'on lui demande combien de collaborateurs font du télétravail (The Sydney Morning Herald, Do as we say, not as we do: Googlers don't telecommute, 19.2.2013).

³⁹ Voir notamment les chances et risques du télétravail en matière de conciliation famille/travail listées par ULICH, 66 (Tableau 2) ; également, BUSER/POCHET/PULVER, 49 et POPMA, 10. Voir aussi ci-dessus ch. 4.2.3.

⁴⁰ ULICH, 66

⁴¹ Sur ces aspects voir notamment l'enquête menée par le syndicat SYNDICOM en 2014 dans la branche des télécommunications: Délimitation du travail - 20 réponses de 3 500 employé-e-s de la branche Télécom sur leurs conditions de travail en Suisse, Berne, février 2015, disponible sous <http://www.syndicom.ch/fr/newsactivites/dossiers/delimitation-du-travail.html>, en particulier p. 29-49. Egalement, POPMA, 12-13 et CFF/SWISSCOM,

tionnelle laissée au télétravailleur peut jouer en sa faveur. Toutefois, la possibilité de se connecter depuis n'importe quel lieu rend possible d'accomplir ses tâches à tout moment. La frontière entre temps de travail et temps libre devient donc de plus en plus floue. Les technologies peuvent ainsi avoir pour effet d'intensifier les sollicitations professionnelles et peuvent générer une pression chez le travailleur pour réagir rapidement et en tout temps. Que des risques sérieux en termes de stress et de repos puissent en découler est aujourd'hui admis même si la recherche et les données empiriques à ce sujet sont considérées comme insuffisantes⁴². Ces risques peuvent résulter de contraintes exagérées de joignabilité, qui peuvent aller jusqu'à une joignabilité en permanence ou à une vérification des courriels sans que des périodes de pauses ne soient définies. Cette activité quasi-incessante peut découler d'une charge de travail qui est trop élevée et de délais qui sont trop serrés. Elle peut toutefois aussi découler d'exigences que le travailleur se pose lui-même, parce qu'il veut être constamment à jour, qu'il veut réagir rapidement ou qu'il se sent sous pression parce que des collègues ou des supérieurs envoient, eux, des courriels le week-end. Une étude a ainsi montré que l'un des soucis des cadres qui doivent gérer une organisation flexibilisée du travail est de contrôler la charge de travail des collaborateurs concernés⁴³. Ces risques sont à prendre au sérieux car ils vont potentiellement annuler les effets positifs de l'organisation autonome et de la flexibilisation et créer des problèmes qui enlèvent son attractivité au télétravail.

Cette annulation des effets positifs peut être en particulier relevée du point de vue la conciliation travail et famille. Le télétravail, compris ici comme télétravail à domicile, permet au travailleur d'être chez lui et de participer à la vie de famille. Mais travailler à domicile opère un décloisonnement de l'espace de travail : les sphères privée et professionnelle sont dès lors enchevêtrées et les limites habituelles entre temps de travail et temps libre, vie professionnelle et vie familiale, abolies⁴⁴. Pour le travailleur qui se rend au bureau pour accomplir sa prestation, les choses sont claires. Le domicile est le lieu de la vie privée et le bureau celui de la vie professionnelle. Le temps de travail commence à l'arrivée au bureau et se termine lorsqu'il quitte l'organisation. Pour le télétravailleur, cette séparation n'existe plus.

Ce décloisonnement implique que la coordination entre temps de travail et temps en famille doit être négociée, ce qui peut s'avérer être un poids, et que le simple fait que le parent qui travaille soit à la maison ne signifie pas nécessairement une présence qualitativement meilleure pour la famille⁴⁵. Cette présence peut aussi signifier d'assumer des charges multiples génératrices de tensions. Une conciliation réussie n'est donc pas donnée d'avance et est liée à l'existence d'un cadre adéquat⁴⁶. Un premier élément qui permet d'organiser la conciliation est la possibilité pour le télétravailleur de déterminer le lieu et les temps de travail de manière autonome, du moins en partie. Des horaires fixés par l'employeur ou une charge de travail objectivement excessive réduisent les possibilités d'aménagement ou les enlèvent entièrement dans des cas extrêmes. Un autre facteur favorable réside dans la possibilité de disposer de temps libre prévisible qui peut être consacré à la famille. Cette possibilité pourra se réaliser si des limites sont posées à la flexibilité.

La qualité du travail accompli dépend aussi de la manière dont les personnes réagissent à ce décloisonnement, notamment en créant ou non une nouvelle forme de cloison. L'effet du télétravail à domicile sera par exemple différent suivant que la personne aménage un espace

17. La problématique de la séparation entre vie privée et professionnelle est identifiée depuis longtemps et a déjà fait l'objet d'études scientifiques dans les années 90 déjà : voir BUSER/POCHET/PULVER, 11

⁴² Voir POPMA, 12-13 ; VON KAENEL (Ständige Erreichbarkeit), 2-3 ; DOMENIG, n. 851 et 852-854

⁴³ WEICHBRODT/SCHULZE/GISIN/TANNER/WELGE, 31

⁴⁴ ULICH, 66; JURCZYK, 116; POPMA, 15-16

⁴⁵ JURCZYK, 117

⁴⁶ JURCZYK, 117

séparé pour le travail et s'isole en fermant la porte à clé ou qu'elle répond aux sollicitations des enfants et interrompt sans cesse son activité professionnelle⁴⁷.

Il n'a ici été question que du télétravail à domicile. D'autres formes de télétravail peuvent avoir des incidences différentes sur la conciliation entre travail et famille. Ainsi, le travail dans des centres de télétravail permet de maintenir des sphères privées et professionnelles distinctes⁴⁸.

5.3 Collectivité

Pour la collectivité, les avantages du télétravail et les réalisations dont il est porteur sont potentiellement multiples⁴⁹. Le télétravail a été étudié dans la perspective d'une meilleure organisation spatiale puisqu'il permet théoriquement à un grand nombre de travailleurs d'accomplir leur activité sans se déplacer de leur domicile, ce qui enlève le besoin de créer des locaux de travail. Le télétravail induit aussi une transformation dans l'affectation des locaux, qui ne sont plus si clairement délimités entre habitation et locaux de travail. Le domicile ou une partie de celui-ci est en effet utilisé comme bureau de travail. Outre l'organisation spatiale, la possibilité de travailler sans se déplacer peut être d'intérêt pour le travail dans les régions périphériques ou, comme déjà évoqué, pour des personnes handicapées dont les possibilités de déplacement sont réduites.

Mais le télétravail est surtout mis en avant dans la perspective de la politique des transports et de la protection de l'environnement⁵⁰. C'est surtout l'économie des déplacements en voiture ou en transports publics pour se rendre et retourner du travail qui est en vue. Le télétravail permet ainsi d'une part de désengorger les grands axes de circulation et les transports en commun en réduisant le nombre de trajets effectués voire en décalant le moment du trajet des heures de pointes aux heures creuses⁵¹ et, d'autre part, de réaliser des économies d'énergie et de réduire la pollution.

Enfin, le télétravail est porteur d'espoirs dans la réalisation de buts de politique du travail et de politique familiale, en particulier une meilleure conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. Nous avons évoqué ces aspects du point de vue des avantages pour les personnes qui travaillent, mais aussi des risques.

6 Règles applicables au télétravail

6.1 Qualification du contrat

6.1.1 En général

Les contrats de la partie spéciale du code des obligations qui ont pour objet une prestation de travail sont le contrat de travail, le contrat de mandat et le contrat d'entreprise. Le contrat de travail se caractérise par le lien de subordination entre le travailleur et son employeur, le travailleur étant «au service» de l'employeur (art. 319 al. 1, CO). Le mandataire et l'entrepreneur exécutent quant à eux leur prestation de manière indépendante. Le contrat d'entreprise se distingue par le fait que l'activité aboutit à la réalisation d'un ouvrage (art. 363, al. 1, CO)

⁴⁷ JURCZYK, 118

⁴⁸ Voir ULICH, 67

⁴⁹ Sur les divers aspects énumérés ici, voir en 1999 déjà, BUSER/POCHET/PULVER, 12-14 et pour la Suisse, 15-16

⁵⁰ P.ex., BUELLER, Vera, Le télétravail réduit le flux de pendulaires, environnement 3/2012, 22

⁵¹ ECOPLAN, 10. Décaler le moment du trajet en effectuant une partie du travail avant d'aller au bureau faisait partie des points explorés et étudiés dans le projet-pilote des CFF et de SWISSCOM, WorkAnywhere (CFF/SWISSCOM, 24-25).

alors que le mandat consiste aux termes de la loi à gérer une affaire ou à exécuter les services promis (art. 394, al. 1, CO).

Suivant la manière dont le télétravailleur accomplit son activité et suivant l'organisation convenue avec l'autre partie, il pourra être lié par l'un de ces trois contrats. Des formes spéciales de ces contrats pourront également entrer en ligne de compte. Le télétravailleur pourra ainsi, pour peu que la définition retenue du télétravail inclue ces types d'activités, être un voyageur de commerce (art. 347 ss CO) ou un agent (art. 418a ss CO). Il pourrait surtout être soumis aux règles du contrat de travail à domicile (art. 351 ss CO), forme spéciale du contrat de travail.

Selon l'art. 394, al. 2, CO, les règles du mandat s'appliquent à toute prestation de travail qui n'est pas soumise aux règles d'un autre type de contrat. Cette règle prise à la lettre ne laisse pas de place aux prestations de travail effectuées dans le cadre de contrats innommés. Le Tribunal fédéral a toutefois admis que des contrats portant sur une prestation de travail pouvaient être qualifiés de contrats innommés, mixtes ou sui generis⁵². Par conséquent, il n'est pas exclu que le télétravail relève d'un contrat innommé.

Le postulat vise les règles régissant le contrat de travail et suppose donc l'existence d'un contrat de travail. Le présent rapport se limitera donc aux règles générales ou spéciales régissant le contrat de travail. Au chiffre 6.1.2 ci-après sont toutefois examinés les éventuels effets que l'exercice de l'activité par télétravail peut avoir sur la qualification du contrat de travail.

Le postulat se réfère par ailleurs au code des obligations, qui régit principalement les rapports de travail dans le secteur privé. Le rapport se concentrera donc principalement sur les relations de travail régies par le code des obligations. Les rapports soumis au droit public feront l'objet d'une brève présentation (ch. 6.5).

6.1.2 Effet du télétravail sur la qualification de contrat de travail

Est-ce que l'exécution de la prestation de travail sous la forme du télétravail a une influence sur la qualification des rapports contractuels ? Le télétravail constitue tout d'abord une flexibilisation du lieu de travail. Le télétravail induit ensuite une flexibilisation du temps de travail et une certaine autonomie pour le travailleur. Il s'agit de vérifier si ces deux éléments peuvent pour avoir pour effet d'exclure la qualification de contrat de travail, ce qui remettrait le cas échéant en cause la protection dont bénéficie le travailleur.

Le lieu de travail se rapporte au critère du lien de subordination. La subordination est d'ordre personnel, fonctionnel et économique⁵³ ou encore, selon certains arrêts du Tribunal fédéral, d'ordre temporel⁵⁴, et se caractérise par l'intégration dans l'organisation d'autrui. Le travailleur est donc intégré quant à sa fonction dans une structure hiérarchique et reçoit des instructions. Son intégration est d'autre part organisationnelle. Si le lien de subordination implique que l'employeur définisse le lieu et le moment de l'exécution de la prestation de travail, le Tribunal fédéral a clairement indiqué que l'exécution dans les locaux de l'entreprise ou même à un lieu fixe ne sont pas déterminants pour conclure à l'intégration dans l'organisation d'autrui. Le travailleur peut en effet également avoir la liberté de fixer lui-même son

⁵² ATF 109 II 462, confirmé par la suite: notamment, ATF 112 II 41, 118 II 163

⁵³ Entre autres: arrêt du Tribunal fédéral du 5 juillet 2011, 4A_194/2011, cons. 5.6.1; arrêt du Tribunal fédéral du 9 février 2009, 4A_553/2008, cons. 4.1

⁵⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 2010, 2C_714/2010, cons. 3.4.2

lieu de travail⁵⁵. L'indépendance quant au lieu et au moment de l'exécution constitue tout au plus un indice en faveur de l'existence d'une activité indépendante⁵⁶.

Cette jurisprudence concerne aussi le moment de l'exécution de la prestation de travail. Elle implique donc que la flexibilité dont dispose le télétravailleur dans l'organisation de son temps de travail n'affecte pas non plus de manière déterminante la qualification du contrat⁵⁷. Le Tribunal fédéral admet également une appréciation plus souple de la subordination hiérarchique dans certains cas. Ainsi, si le travailleur exerce une fonction de cadre ou une activité typiquement libérale, son plus grand degré d'indépendance est reconnu⁵⁸. De même, l'employeur n'aura pas de pouvoir de donner des instructions techniques si la tâche accomplie demande des connaissances particulières que le travailleur est seul à avoir⁵⁹. Vu enfin que la qualification du contrat se fait au vu de toutes les circonstances du cas concret, les autres aspects sur lesquels le télétravailleur dispose d'une plus grande autonomie auront une portée similaire sur cette qualification. En cas de télétravail, l'absence de surveillance directe, la fixation d'objectifs et le contrôle des résultats, les limitations dans les instructions liées au comportement ou à la tenue vestimentaire vont certes dans le sens d'une atténuation du pouvoir de donner des instructions, mais ne remettent pas fondamentalement en cause la qualification des rapports juridiques.

Le Tribunal fédéral a certes une approche nuancée du pouvoir de donner des instructions. Ce pouvoir existe ainsi aussi lorsque l'activité est exercée à titre indépendant, la distinction résidant dans l'intensité de ce pouvoir⁶⁰. Il faut donc se demander si la baisse dans l'intensité du pouvoir de donner des instructions en cas de télétravail amène à qualifier l'activité d'indépendante. Pour conclure à l'existence d'un contrat de travail, les instructions doivent influencer sur l'objet et l'organisation du travail et instaurer un droit de contrôle et ne pas se limiter à de simples directives sur la manière d'exécuter la tâche⁶¹. Au vu de ce cadre, les éléments d'autonomie typiques du télétravail ne vont pas amener à exclure a priori le lien de subordination. Tout d'abord, une entreprise qui introduit le télétravail comme faculté offerte à des employés qui disposent d'un bureau va veiller à maintenir l'intégration de ses télétravailleurs dans l'organisation. Les CCT de La Poste (valable jusqu'au 31.12.2015) et de Swisscom prévoient ainsi expressément que le télétravailleur doit être intégré dans les processus et dans l'organisation de l'entreprise (voir ci-dessous ch. 6.4). L'utilisation de moyens de télécommunications, associée à la définition même du télétravail, sert d'ailleurs à intégrer le télétravailleur dans l'organisation de l'entreprise⁶². L'employeur va également en principe exiger que le travailleur soit présent en cas de nécessité ou à certains jours fixes. Ensuite, la question de l'autonomisation du télétravailleur et son intégration dans l'entreprise se pose de manière différente suivant la forme de télétravail adoptée. Le travail dans des bureaux satellites ou partagés va limiter l'autonomie accordée au télétravailleur vu qu'il s'agit de locaux de l'employeur ou du moins déterminés par l'employeur. Les questions d'aménagement de la place de travail et de fourniture du matériel devront être réglées par l'employeur. Le télétravail alterné maintient quant à lui une forte intégration dans l'entreprise, car une partie du travail reste effectuée dans les locaux de l'employeur. La qualification de contrat de travail ne pourrait donc être remise en question que pour certaines formes de télétravail, comme le télétravail total à domicile ou le télétravail mobile. L'existence d'un contrat de travail ne sera

⁵⁵ Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 2.5; arrêt du Tribunal fédéral du 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.4.1

⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral du 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.4.2

⁵⁷ Ainsi: arrêt 4C.276/2006, cons. 4.4.1

⁵⁸ Arrêt du 27 mars 2014, 4A_602/2013, cons. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral du 5 juillet 2011, 4A_194/2011, cons. 5.6.1

⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 2.5

⁶⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2006, 4C.390/2005, cons. 2.5

⁶¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 9 mars 2004, 4P.83/2003, cons. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 2010, 2C_714/2010, cons. 3.4.2

⁶² Voir p.ex, concernant le travail à domicile (*Homeoffice*), DOMENIG, n. 122. et 124.

toutefois pas automatiquement exclue, mais uniquement si certaines conditions tenant au degré d'indépendance donnée au télétravailleur dans l'exécution de sa prestation sont réunies.

A cela s'ajoute que Tribunal fédéral examine, comme critère de distinction supplémentaire, le degré de dépendance économique dans la relation de travail⁶³. Celle-ci se caractérise en particulier par le lien exclusif à un seul partenaire contractuel empêchant de s'engager à travailler pour d'autres partenaires. Si ce critère, associé à d'autres, ne suffit pas à qualifier la relation de contrat de travail, la dépendance économique peut amener les tribunaux à appliquer les règles protectrices du contrat de travail par analogie⁶⁴. Ce critère constitue donc un garde-fou supplémentaire.

Certes, le législateur est intervenu pour soumettre le travail à domicile au sens traditionnel aux règles du contrat de travail, alors qu'il s'agissait d'un cas limite parfois qualifié de contrat de travail et parfois de contrat d'entreprise⁶⁵. Mais, comme nous l'exposerons ci-dessous (ch. 6.3.2), le travail à domicile au sens des art. 351ss CO est une forme de travail plus autonome que le télétravail, avec pour conséquence que le télétravail sera le plus souvent soumis aux seules règles générales du contrat de travail.

Le risque que le télétravailleur perde la protection résultant de la qualification de contrat de travail est donc réduit à des cas particuliers ponctuels. Le télétravail est bien plus une forme d'exécution flexibilisée du contrat de travail qui ne remet pas fondamentalement en question la nature du rapport juridique mais plutôt, le cas échéant, l'adéquation des règles régissant le contrat de travail. Le télétravail, associé à la flexibilisation des conditions de travail, pourra néanmoins, dans certaines configurations comme le télétravail total, favoriser des situations où la qualification de contrat de travail ne pourra se faire de manière limpide, vu que le lien de subordination sera plus difficile à établir⁶⁶.

6.2 Règles générales de droit du travail

6.2.1 Droit privé

Le télétravailleur au bénéfice d'un contrat de travail sera soumis aux règles des art. 319ss CO. Quatre critères sont tirés de l'art. 319, al. 1, CO pour définir le contrat de travail: la prestation de travail, accomplie pour une durée, déterminée ou indéterminée, le lien de subordination et le versement d'un salaire. Le lien de subordination est le critère distinctif essentiel de la relation de travail⁶⁷. La protection du travailleur est un but central des règles régissant le contrat de travail. C'est donc l'un des enjeux principaux de la qualification du contrat.

Il se peut que, dans certaines situations, le rapport de travail soit caractérisé par une relation de dépendance, notamment économique, sans que le contrat ne puisse être qualifié de contrat de travail. Ces situations peuvent aboutir à ce que le contrat soit d'un autre type contractuel ou innommé et que les règles protectrices du droit du contrat de travail soient appliquées par analogie (voir ci-dessus ch. 6.1.2).

⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral du 25 janvier 2007, 4C.276/2006, cons. 4.6.1; arrêt du Tribunal fédéral du 9 février 2009, 4A_553/2008, cons. 4.2

⁶⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 9 février 2009, 4A_553/2008, cons. 5

⁶⁵ Message du Conseil fédéral 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), (cité Message 1967), FF 1967 II 249, 275-276 et 292-293

⁶⁶ Voir sur la qualification en principe de contrat de travail et sur ces cas limite : TA-SWISS, 77

⁶⁷ Voir p.ex, arrêt du TF 4A_602/2013, du 27 mars 2014, cons. 3.2

6.2.2 Droit public

Les règles de droit public du travail s'appliqueront aussi au télétravailleur. Ainsi, la loi du 13 mars 1964 sur le travail dans l'artisanat, le commerce et l'industrie (LTr)⁶⁸ s'applique à toutes les entreprises publiques ou privées (art. 1, al. 1). Il y a entreprise au sens de la loi lorsque l'employeur occupe un ou plusieurs travailleurs de façon durable ou temporaire, même sans faire usage d'installations ou de locaux particuliers (art. 1, al. 2). La notion d'entreprise se rattache donc au rapport juridique établi entre l'employeur et les travailleurs et non à l'existence de locaux. De ce fait, la LTr s'appliquera au télétravail, même si celui-ci est effectué au domicile du travailleur. Les art. 2 à 4 LTr énumèrent une série d'exceptions au champ d'application. L'art. 3, let. f, LTr exclut ainsi les travailleurs à domicile. Cela pourrait à première vue comprendre le télétravail à domicile. Cette notion se rapporte toutefois à la législation mise en place pour réguler le travail à domicile au sens traditionnel⁶⁹ qui se distingue, nous l'avons vu, du télétravail tel qu'il s'est développé récemment⁷⁰. Le travail à domicile peut se rapporter ici à la loi sur le travail à domicile, limitée au travail artisanal et industriel, ou au contrat de travail à domicile (art. 351 ss CO), qui s'applique aussi aux activités techniques et commerciales⁷¹. La différence n'est pas uniquement théorique: si l'exception de l'art. 3, let. f, LTr se rapporte à la notion large des art. 351 ss CO, une catégorie de travailleurs à domicile ne serait couverte ni par la LTr ni par LTrD et ne serait pas protégée par le droit public du travail. Ce n'est toutefois pas le cas. En effet, l'exception dans la LTr a été introduite pour délimiter la loi générale de la loi spéciale en la matière, à savoir la LTrD. Le but de l'exception est en effet d'exclure les personnes qui bénéficient de la protection spéciale adaptée à leur situation. Une lacune dans la protection n'a aussi jamais été envisagée⁷². De ce fait, la notion de travail à domicile au sens de l'art. 3, let. f, LTr doit être interprétée comme étant identique à celle de la LTrD. 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 LTr⁷³.

L'art. 3 LTr exclut certaines catégories de travailleurs du champ d'application de la loi. Certaines seront susceptibles de faire du télétravail, comme les travailleurs qui exercent une fonction dirigeante élevée ou une activité scientifique (let. d). Les travailleurs relevant de cette exception seront toutefois soumis aux règles sur la protection de la santé (art. 3a, let. b, LTr). Une autre catégorie prévue à l'art. 3 LTr, les voyageurs de commerce (let. g), se réfère à une activité relevant par définition du télétravail mobile, pour autant que le télétravail ne soit pas limité aux activités qui peuvent aussi être effectuée dans les locaux de l'entreprise.

6.3 Règles spéciales de droit du travail

Le droit du travail ne contient pas de règles spéciales qui régissent spécifiquement le télétravail. Le travail à domicile (au sens traditionnel) fait par contre l'objet d'une réglementation de droit privé et de droit public. Le contrat de travail à domicile est un contrat de travail spécial réglé aux art. 351ss CO. La loi sur le travail à domicile (LTrD)⁷⁴ comprend de plus des règles de droit public propres au travail à domicile.

⁶⁸ RS 822.11

⁶⁹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, du 30 septembre 1960, FF 1960 II 885, 907-908 et 926

⁷⁰ Voir ch. 3.1.3

⁷¹ Voir message sur la révision de la loi sur le travail à domicile, du 27 février 1980 (message 1980), FF 1980 II 282, 285

⁷² Message 1980, 285

⁷³ Dans ce sens: GEISER (Arbeitsgesetz), n. 31 ad art. 3 LTr; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 3 ad art. 351 CO; PULVER, 43; DOMENIG, n. 825. Avis semble-t-il contraire: ZK-STAEHELIN, n. 2 ad art. 351 CO.

⁷⁴ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur le travail à domicile, RS 822.31

6.3.1 Droit public: loi sur le travail à domicile

Le télétravail tel que défini ci-dessus (ch. 3.4) ne sera pas soumis à la LTrD, qui se limite aux travaux artisanaux et industriels effectués à la main ou à la machine (art. 1, al. 4, LTrD). Le télétravail sera donc régi par les règles générales de la LTr.

6.3.2 Droit privé: contrat de travail à domicile

L'application des art. 351ss CO n'est pas à écarter d'emblée, vu que ces dispositions couvrent également des activités techniques ou commerciales, scientifiques ou artistiques, qui aboutissent à la livraison d'un résultat, comme la tenue d'une comptabilité, des travaux de rédaction ou de traduction ou le dessin de plans. Le Tribunal fédéral n'a par contre pas admis l'application des art. 351 ss CO à un travail consistant à exécuter une activité sans livraison d'un résultat⁷⁵. Les autres éléments de la définition du contrat de travail à domicile doivent toutefois également être réalisés.

Le contrat de travail à domicile se caractérise d'abord par la liberté de choix dans le lieu d'exécution du travail, puisque le travailleur peut accomplir ses tâches «dans son propre logement ou dans un autre local de son choix» (art. 351 CO). Le travailleur à domicile peut également solliciter «l'aide de membres de sa famille» (art. 351 CO), contrairement à la règle générale prévoyant l'exécution personnelle par le travailleur (art. 321 CO). Le rapport de subordination doit être donné sans quoi le contrat ne serait pas qualifié de contrat de travail. Toutefois, le pouvoir de donner des instructions est restreint, quant au lieu d'exécution du travail, mais aussi, selon un avis majoritaire, de manière générale ou du moins s'agissant de directives d'ordre organisationnel, vu que l'employeur n'est pas présent sur place⁷⁶. Ces caractéristiques légales montrent que la législation sur le travail à domicile visait le travail à domicile au sens traditionnel. Toutefois, l'application de ces règles au télétravail n'est pas exclue. Ainsi, si le télétravail s'effectue à domicile sans que ce lieu ne soit obligatoire et si le pouvoir de donner des instructions est restreint, explicitement ou au vu des circonstances, ces règles pourront s'appliquer. La connexion du télétravailleur à l'intranet et au système informatique de l'employeur, courante de nos jours, ou l'exécution de tâches en collaboration étroite avec des collègues, impliquent une intégration dans l'organisation qui peut toutefois réduire l'autonomie du télétravailleur au point de nier l'existence d'un contrat de travail à domicile⁷⁷. De ce fait, l'application des règles spéciales sera notablement réduite. De même, le télétravail régulier mais alterné, qui implique que l'activité est exécutée en partie dans les locaux de l'organisation, ne donne pas une indépendance suffisante en regard de la définition posée à l'art. 351 CO. La participation de membres de la famille à l'exécution du travail, telle que prévue à l'art. 351 CO, peut de même laisser conclure à ce que l'exécution personnelle ne doit pas être exigée du télétravailleur⁷⁸. Cet élément aussi, ainsi interprété, réduit notablement la probabilité d'application des règles sur le travail à domicile au télétravail. Toutefois, selon le message sur la révision totale du contrat de travail, la participation des membres de la famille, si elle est donnée, indique certes l'existence d'un contrat de travail à domicile mais n'en est pas un élément nécessaire⁷⁹. Enfin, l'approche du Tribunal fédéral consistant à écarter les activités de service pur, sans livraison de résultat, va exclure une

⁷⁵ ATF 132 V 181, cons. 2.2

⁷⁶ AUBERT (Travail à domicile), 4; PULVER, 44; GEISER (PJA 1995), 566; FRANZ WALDNER, 124 et 219; contra: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 2 ad art. 351 CO

⁷⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 1 ad art. 351ss CO; AUBERT, D., n. 28 ad. Art. 351 CO; SANER, 96; FRANZ WALDNER, 219.

⁷⁸ PULVER, 43

⁷⁹ Message 1967, 424-425

série d'activités relevant du télétravail du champ d'application des art. 351 ss CO, comme certaines activités informatiques⁸⁰.

En conclusion, les règles spéciales sur le contrat de travail à domicile s'appliqueront parfois mais de manière ponctuelle, par exemple en cas de télétravail à plein temps consistant à accomplir de manière autonome des tâches de rédaction ou de traduction et à livrer le résultat. La raison logique de ce constat est que les art. 351ss CO avaient le travail à domicile au sens traditionnel en vue, forme de travail dont le télétravail se distingue, même si des similitudes existent. A noter que, même si ces règles spéciales ne s'appliquent pas directement au télétravail, elles pourront s'appliquer par analogie dans les cas où le télétravail sera soumis aux règles générales sur le contrat de travail.

6.4 Conventions collectives

606 conventions collectives de travail (CCT) étaient recensées au 1^{er} mars 2012 en Suisse⁸¹. 592 d'entre elles comprennent des dispositions normatives, à savoir des règles qui s'appliquent directement aux rapports individuels de travail (voir art. 357 CO). 217 sur les 606 sont des conventions d'associations couvrant une branche ou une profession et 389 des conventions d'entreprises, signées par un employeur avec des organisations de travailleurs.

Le télétravail ne concerne pas les métiers typiques de plusieurs secteurs conventionnés, comme la construction ou l'hôtellerie-restauration. Dans les secteurs conventionnés où le télétravail est possible, certaines conventions parmi celles examinées⁸² mentionnent ou règlent le télétravail. L'art. 26, al. 1 de la CCT de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux par exemple traite de la compatibilité entre profession et vie privée. Cette disposition recommande aux entreprises, en fonction de leurs possibilités, de tenir compte des besoins des travailleuses et des travailleurs dans l'aménagement du travail et du temps de travail, notamment en présence de responsabilités familiales. Le télétravail à domicile est cité comme une modalité possible de cet aménagement. D'un autre côté, l'art. 1, al. 3 de la CCT en exclut l'application aux contrats de travail à domicile, ce qui semble inclure le télétravail⁸³. L'art. 7.6 de la CCT des industries horlogère et microtechnique suisses règle le travail à domicile, le travail à domicile au sens traditionnel étant toutefois ici visé et non le télétravail. La CCT des CFF (2015) prévoit à l'art. 54 que le collaborateur et le supérieur direct peuvent convenir d'appliquer le télétravail.

L'art. 2.3.4 de la CCT de Swisscom pose des règles plus détaillées sur le télétravail. Cette disposition prévoit la possibilité de travailler «de temps en temps chez soi», sans que cela ne soit un droit. L'accord du supérieur direct est requis. L'intégration dans les processus de travail et dans l'organisation du travail est stipulée, comme l'application des mêmes règles qu'au bureau en matière de temps de travail, de saisie du temps de travail, de joignabilité et de sécurité. Aucune indemnité n'est due, notamment pour l'infrastructure technique ou l'utilisation des locaux privés. Le ch. 23 de l'annexe 3 de la CCT de La Poste, valable jusqu'au 31 décembre 2015⁸⁴, comprenait aussi une réglementation détaillée du télétravail en mode alterné. Le ch. 230 définit tout d'abord le télétravail en mode alterné comme étant le travail en partie à la place de travail à La Poste et en partie à la maison. Le ch. 231 règle les condi-

⁸⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 2 ad art. 351 CO

⁸¹ Office fédéral de la statistique, Conventions collectives selon le type, la taille et le secteur économique, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/01/new/nip_detail.html?gnplD=2013-321.

⁸² Seul un échantillon de conventions a été examiné, surtout celles couvrant un grand nombre de travailleurs. L'aperçu n'a donc pas vocation à être exhaustif ni systématique.

⁸³ Commentaire de la convention collective de travail de l'industrie des machines, des équipements électriques et des métaux, *Swissmem Zurich*, 11/2013, p. 9

⁸⁴ Suite au changement de statut de la La Poste, le personnel est soumis au droit privé et une nouvelle convention collective a été conclue entre La Poste et les syndicats. Celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

tions-cadres. L'al. 1 prévoit l'intégration dans les processus et l'organisation de l'entreprise. L'al. 2 exclut le télétravail sans le consentement du travailleur et exige l'accord du/de la supérieur-e. Selon l'al. 3, plusieurs points doivent faire l'objet d'un accord individuel: la durée et le contenu du travail, les heures de présence, l'installation de la place de travail à la maison, la participation aux frais et la protection des données. La mise à disposition du matériel est à la charge de La Poste (al. 4), mais les frais liés à l'exécution du travail à la maison, comme l'utilisation des locaux, ne sont pas indemnisés. L'accord de télétravail peut être révoqué dans un délai de trois mois, sans motifs (al. 7).

6.5 Secteur public

6.5.1 Personnel fédéral

L'art. 33 O-OPers⁸⁵ autorise les employés fédéraux à effectuer l'ensemble ou une partie de leur travail en dehors de leur place de travail, si l'autorité compétente est d'accord. Cette disposition, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2014, concrétise les art. 64 et 64a OPers, qui règlent le temps de travail et les horaires de travail. L'art. 64, al. 4^{bis}, OPers, prévoit depuis le 1^{er} janvier 2014 que le temps de travail est effectué selon l'horaire de travail à l'année ou selon l'horaire de travail fondé sur la confiance. Les départements peuvent proposer en plus l'horaire de travail mobile. Le télétravail est donc conçu comme une modalité d'exécution flexible du travail, liée aux modèles horaires également flexibles. Le télétravail n'est pas un droit du travailleur et l'autorité compétente doit avoir donné son accord à cette forme de travail. Les efforts pour promouvoir le télétravail au sein de l'administration fédérale sont toutefois en cours, comme l'indiquait le Conseil fédéral dans sa réponse au postulat Grossen (13.3358) (voir ch. 2 ci-dessus).

6.5.2 Personnel cantonal et communal

Douze cantons et trois communes prévoient le télétravail dans leur règlement du personnel⁸⁶. Ces textes définissent le plus souvent le télétravail et font en général du télétravail alterné la seule forme possible ou la forme principale. Plusieurs excluent explicitement le télétravail occasionnel du champ d'application. Un taux d'occupation minimum et une part maximale que peut prendre le télétravail (p.ex. 50% de l'activité au maximum) sont parfois fixés. Les règlements prévoient en général la conclusion d'une convention le cas échéant écrite portant sur les modalités d'exécution du télétravail. Le télétravail n'est pas un droit mais une possibilité qui doit être autorisée par l'employeur. L'accord de télétravail ou la convention sont résiliables. Le télétravail n'est également pas une obligation pour le collaborateur.

Parmi les conditions qui doivent être réalisées pour que le télétravail soit autorisé, l'adéquation de l'activité au télétravail se trouve dans plusieurs règlements, de même qu'un équipement adéquat au domicile du travailleur. Le temps de travail est abordé dans la majorité des règlements. L'autonomie dans la définition des horaires de travail constitue la règle. L'autonomie est compensée par des obligations d'être joignable et limitée par l'exclusion du travail de nuit ou du dimanche ou par l'absence de majoration du salaire dans ces cas. La définition d'objectifs, le contrôle des résultats du travail et l'exécution autonome des tâches sont des éléments présents dans plusieurs règlements. Tous les règlements traitent de la possibilité

⁸⁵ Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la confédération, RS 172.220.111.31

⁸⁶ AG, BE, BS, GE, LU, NE, SG, SH, SO, TG, VD, VS; communes de Berne, Lausanne et Saint-Gall. Source: Plate-forme d'information «Conciliation travail-famille: Mesures cantonales et communales» (état des législations au 31.8.2013), [http://www.berufundfamilie.admin.ch/informationsplattform/index.html?v=&lang=fr&b=3&e=&t\[\]=127](http://www.berufundfamilie.admin.ch/informationsplattform/index.html?v=&lang=fr&b=3&e=&t[]=127), où les règlements concernés peuvent être consultés.

d'utiliser le matériel privé ou de la mise à disposition de matériel par l'employeur. S'agissant de la charge des frais, la tendance générale est d'exclure l'indemnisation de l'utilisation des infrastructures privées et du matériel personnel (locaux, abonnements voire aussi matériel bureautique comme l'imprimante, l'encre, le papier). La protection des données, le respect de la confidentialité, l'aménagement de la place de travail, les accidents de travail ou les remèdes à l'isolation du télétravailleur sont également des points traités. Une tendance nette consiste à confier au télétravailleur la responsabilité de la mise en œuvre des règles de protection de la santé, comme l'ergonomie, ou des normes de confidentialité ou de protection des données.

7 Questions juridiques

7.1 Instructions

Le pouvoir de donner des instructions est inhérent au lien de subordination caractéristique du contrat de travail (voir ci-dessus ch. 6.1.2). Selon l'art. 321*d*, al. 1, CO, l'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage et leur donner des instructions particulières. La subordination du travailleur ne peut toutefois pas être sans limites. Les instructions doivent être en rapport avec les besoins de l'entreprise et se rapporter uniquement au travail à effectuer; elles doivent être conformes au contrat et au droit impératif, en particulier ne pas porter atteinte à la personnalité du travailleur (art. 328 CO)⁸⁷. Eu égard à cette dernière disposition, la mesure admissible de la subordination découlera d'une pesée des intérêts entre les besoins de l'entreprise et le respect de la personnalité du travailleur. Si les instructions sont illicites, le travailleur n'est pas tenu de les respecter.

Le télétravailleur doit se conformer aux instructions licites de l'employeur, comme tout autre travailleur. Toutefois, les besoins de l'entreprise seront différents du fait de la situation particulière du télétravailleur. La pesée des intérêts sera donc différente dans certains domaines. Ainsi, le pouvoir de donner des instructions sera limité s'agissant de la tenue vestimentaire ou du comportement en cas de télétravail à domicile⁸⁸. La fixation des horaires de travail, si elle n'est pas réglée dans le contrat, relève aussi du pouvoir de donner des instructions. La flexibilisation des horaires de travail n'est pas inhérente au télétravail mais résultera d'une instruction de l'employeur ou d'un accord avec le travailleur. Dans les faits, le télétravail est associé à une plus grande autonomie du travailleur dans la fixation de ses horaires. Cette autonomie pourra être assortie de limites, comme l'obligation d'être joignable à certaines heures ou l'interdiction de travailler à partir d'une certaine heure. Cette autonomie n'est toutefois pas propre au télétravail et peut tout aussi bien exister pour les travailleurs qui exécutent leur prestation dans les locaux de l'entreprise.

Les règles en vigueur (art. 321*d* et art. 328 CO) permettent donc d'intégrer les particularités du télétravail. Elles sont en effet de caractère général et peuvent être concrétisées de manière différente suivant la forme que prend l'exécution du travail. Ce cadre légal n'est donc pas problématique pour le télétravail.

Le pouvoir de donner des instructions de l'employeur circonscrit le champ dans lequel l'employeur peut prescrire les conditions de travail de manière unilatérale, sans accord du travailleur. La possibilité d'imposer le télétravail se pose dans ce contexte. Elle sera traitée séparément ci-dessous, en lien avec le droit du travailleur de faire du télétravail. Le pouvoir de

⁸⁷ ATF 132 III 115, cons. 5.2, arrêt du Tribunal fédéral du 25 janvier 2011, 4A_613/2010, cons. 3; arrêt du Tribunal fédéral du 30 juin 2008, 2C_103/2008, cons. 6.2

⁸⁸ PULVER, 24

donner des instructions et ses limites sera également traité, le cas échéant, en lien avec les questions particulières examinées ci-après.

7.2 Droit ou obligation de faire du télétravail; nécessité d'un accord préalable

L'institution du télétravail se rapporte à la définition du lieu où le travail sera exécuté. La compatibilité du télétravail avec les règles sur le lieu de travail doit donc être vérifiée. Autrement dit, la possibilité d'introduire un lieu de travail distant des locaux de l'employeur et ses conditions doivent être examinées.

Le lieu de travail n'est pas réglé aux art. 319ss CO. Il sera donc déterminé selon la règle générale de l'art. 74 CO sur le lieu d'exécution des prestations. Cette disposition renvoie en premier lieu à la volonté expresse ou présumée des parties (art. 74, al. 1, CO). C'est donc tout d'abord le contrat de travail qui permettra de déterminer le lieu de travail.

La possibilité de faire du télétravail pourra donc découler d'un accord au moment de la conclusion du contrat de travail ou, par la suite, d'un accord modifiant le contrat de travail. Une clause contractuelle peut donner la faculté à l'employeur de modifier unilatéralement le lieu de travail (clause de mobilité). Cette clause sera toutefois nulle si elle est contraire aux règles impératives du droit du travail ou donne une telle liberté à l'employeur qu'elle ne respecte pas les limites générales posées à la liberté contractuelle, en particulier dans ce cas celles posées à l'art. 27, al. 2, CC⁸⁹. De plus, l'instruction consistant à changer le lieu de travail doit pouvoir être exigée du travailleur au moment où l'employeur exerce sa faculté⁹⁰. Les litiges relatifs aux clauses de mobilité concernent avant tout le déplacement du travail d'un site de l'organisation à un autre. Qu'en est-il du télétravail à domicile ou mobile? D'une part, le fait de rester à la maison ne présente pas d'inconvénient pour le travailleur en termes de déplacement ou de vie familiale ou personnelle. Le télétravail est même reconnu comme étant avantageux de ce point de vue. D'autre part, le télétravail à domicile ne peut être mis sur le même niveau qu'une affectation dans autre lieu faisant partie de l'entreprise. Par conséquent, un travailleur qui accepte une clause de mobilité de caractère général ne peut être considéré comme ayant consenti à travailler chez lui. La clause devra se rapporter spécifiquement au télétravail à domicile⁹¹. Le télétravail à domicile doit également être possible à aménager et à organiser et ne doit pas peser sur la vie privée et familiale du travailleur. Si le travailleur a accepté une clause de mobilité visant spécifiquement le télétravail à domicile, il devra s'accommoder des changements qui étaient prévisibles pour lui. La clause elle-même pourrait toutefois être considérée comme nulle au vu de la prise en compte de la protection de la vie privée et familiale du travailleur⁹². La clause peut également se heurter à des prescriptions impératives de protection de la santé.

Le télétravail mobile pourra quant à lui résulter de la nature de la tâche effectuée. L'employeur ne pourra toutefois déplacer le lieu de travail au gré des missions à accomplir, car cela reviendrait à contourner les règles sur la comptabilisation des trajets comme durée de travail (art. 13 OLT 1) et sur le remboursement des frais de déplacement (art. 327a, al. 1, CO). En effet, tous les trajets deviendraient des trajets pour se rendre sur le lieu de travail (changeant). L'employeur peut par contre assigner au travailleur des missions en dehors de son lieu de travail. De telles instructions devront répondre à un besoin de l'employeur et être acceptables pour le travailleur, au vu de sa situation personnelle et familiale. Si le télétravail

⁸⁹ Voir sur les diverses limites envisageables : VON KAENEL (Einseitige...), 336-342

⁹⁰ DOMENIG, n. 233

⁹¹ DOMENIG, n. 231-232

⁹² VON KAENEL (Einseitige...), 340-341

mobile n'est pas dicté par les exigences des tâches à accomplir, l'employeur pourra l'introduire avec les mêmes limites qui s'appliquent au télétravail à domicile.

En l'absence de base contractuelle, l'introduction du télétravail pourra se faire au moyen d'un congé-modification, admis en droit suisse à certaines conditions. Le congé-modification ne permet pas de modifier le contrat unilatéralement mais de mettre le travailleur sous pression pour qu'il donne son accord, en liant le refus éventuel à la résiliation du contrat. Le Tribunal fédéral exige que la modification associée à ou suivie d'un congé soit justifiée par des motifs objectifs tenant à la gestion de l'entreprise ou à la conjoncture économique et qu'elle n'intervienne pas avant l'expiration du délai de congé⁹³. La modification doit également respecter la loi et les conventions collectives et contrats-types de travail applicables⁹⁴. Le télétravail n'étant en soi pas contraire à la loi, il pourra être introduit si les conditions formelles sont respectées et s'il répond à un besoin objectif de l'entreprise.

La détermination du lieu de travail relève également du pouvoir de donner des instructions de l'employeur réglé à l'art. 321d CO, même si le contrat n'accorde pas cette faculté à l'employeur⁹⁵. En l'absence de base contractuelle, l'introduction unilatérale du télétravail par l'employeur sera toutefois très restreinte au vu des limites posées au pouvoir de donner des instructions⁹⁶. Tout d'abord, la décision unilatérale de faire faire du télétravail au travailleur équivaudra à changer le lieu habituel de travail qui figure dans le contrat ou qui aura été établi tacitement. Ensuite, même si le contrat ne définit pas de lieu de travail précis et que le travailleur a pris l'habitude d'accomplir ses tâches chez lui ou ailleurs, la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO) comme le droit public du travail imposeront de tenir compte du respect de la vie privée et familiale et de la protection de la santé déjà évoqués ci-dessus. De plus, le télétravail à domicile en particulier implique de disposer des locaux privés du travailleur, faculté que l'employeur n'a pas. Il impose également au travailleur des aménagements dans ses locaux privés, qui peuvent être vus comme des obligations contractuelles supplémentaires nécessitant son accord⁹⁷. Le changement de ce lieu de travail ne sera donc en principe possible que ponctuellement et pour une durée limitée, si l'employeur peut se prévaloir d'un intérêt prépondérant et que le télétravail peut être exigé du travailleur dans le cas concret. Si le télétravail répond à une nécessité du moment ou à une urgence, il pourra également être exigé de manière unilatérale sur la base du devoir de fidélité du travailleur, celui-ci devant veiller aux intérêts de l'employeur et travailler le cas échéant provisoirement dans un autre lieu⁹⁸.

En conclusion, l'introduction du télétravail sans accord du travailleur n'est pas exclue si elle peut se fonder sur une base contractuelle valable et si elle peut être exigée de lui.

Le télétravail doit par contre faire l'objet d'une acceptation de l'employeur. Il ne constitue pas un droit pour le travailleur. L'accord peut toutefois être tacite. L'employeur qui, sachant que ses collaborateurs travaillent à la maison, ne réagit pas, pourra se voir opposer son accord. Une obligation d'accorder le droit de faire du télétravail est toutefois envisagée par la doctrine dans des circonstances particulières sur la base du devoir d'assistance de l'employeur (art. 328 CO), comme dans le cas d'une mère qui doit donner des soins intensifs et durables à un enfant gravement malade⁹⁹.

⁹³ ATF 123 III 246, cons. 3b et 4a

⁹⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 1er mars 2007, 2C.282/2006, cons. 4.2

⁹⁵ DOMENIG, n. 179

⁹⁶ Voir en lien avec le télétravail à domicile, DOMENIG, n. 181 ss.

⁹⁷ DOMENIG, n. 200

⁹⁸ DOMENIG, n. 207

⁹⁹ DOMENIG, n. 221-222

7.3 Protection de la santé

7.3.1 En général

La protection de la santé est un aspect important et incontesté de la protection de la personnalité du travailleur. L'art. 328, al. 2, CO exige de l'employeur de prendre, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. Cette disposition a été alignée sur le contenu de l'art. 6, al. 1, LTr et sur celui de la LAA, qui prévoit, à son art. 82, al. 1, l'obligation de l'employeur de prévenir les accidents et les maladies professionnels. De la sorte, les dispositions de droit privé et de droit public fondent une seule et même obligation¹⁰⁰. La protection de la santé peut donc ainsi être assurée tant par les mécanismes de droit privé que par les autorités administratives compétentes et les sanctions administratives et pénales prévues dans la LTr et la LAA vont s'appliquer. Les prescriptions de la LTr pourront par ailleurs être invoquées par un travailleur dont le contrat n'est pas soumis à la LTr en tant que concrétisations de l'art. 328, al. 2 CO¹⁰¹. Les règles au niveau de la loi sont conçues comme des clauses générales flexibles et adaptables qui doivent être concrétisées.

L'employeur est entre autres tenu de pourvoir à l'état irréprochable des locaux de travail et des autres locaux¹⁰². Les art. 11 ss OLT 3¹⁰³ concrétisent cette obligation de manière détaillée. Les art. 12 ss OPA¹⁰⁴ définissent les exigences de sécurité quant aux bâtiments et autres constructions et les art. 33 ss OPA celles relatives au milieu de travail, comme l'aération, le bruit et les vibrations ou l'éclairage. L'employeur doit également assurer de bonnes conditions de travail en matière d'ergonomie (art. 2, al. 1, let. a, OLT 3). L'art. 23 OLT 3 précise que les postes de travail, les appareils et les moyens auxiliaires doivent être conçus et aménagés conformément aux principes de l'ergonomie. L'art. 24 OLT 3 apporte des précisions supplémentaires. Le travail à l'écran fait par exemple l'objet de prescriptions détaillées¹⁰⁵, relatives notamment à l'éclairage, à l'équipement informatique, à la hauteur des tables ou à l'espace à disposition.

L'employeur doit aussi éviter de demander un effort excessif au travailleur et ne peut le charger d'un travail qui pourrait porter atteinte à sa santé ou la menacer¹⁰⁶. Il doit organiser la marche du travail de manière à préserver autant que possible les travailleurs du surmenage (art. 6, al. 2, LTr). Cette obligation prend toute son importance en rapport avec la disponibilité et la joignabilité du travailleur, examinée ci-dessous dans le chapitre sur le temps de travail et les horaires de travail. Du point de vue du droit privé également, une responsabilité de l'employeur en raison du stress causé au travailleur s'est affirmée dans la jurisprudence et la doctrine¹⁰⁷.

Ces dispositions ne traitent pas spécifiquement des situations de télétravail. Elles doivent toutefois être respectées, même lorsque le travailleur effectue du télétravail, notamment depuis son domicile.

¹⁰⁰ Message 1967, 354

¹⁰¹ ATF 132 III 257, cons. 5.4

¹⁰² Message 1967, 354; ATF 132 III 257, cons. 5.2

¹⁰³ Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (Hygiène), RS **822.113**

¹⁰⁴ Ordonnance du 19 décembre 1983 sur la prévention des accidents et maladies professionnels (Ordonnance sur la prévention des accidents), RS **832.30**

¹⁰⁵ SECO, Commentaire OLT 3 - OLT 4, 323-4 à 323-8

¹⁰⁶ Message 1967, 354 et art. 2, al. 1, let. b, OLT 3

¹⁰⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 4C.24/2005, du 17 octobre 2005, cons. 7 et 4C.320/2005, du 20 mars 2006, cons. 2 ; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, n. 21b à 21e ad art. 328 CO.

7.3.2 Information, instruction et consultation

L'information et l'instruction des travailleurs sur les règles à respecter pour préserver leur santé est une composante importante de la protection de la santé. Elle est prévue aux art. 5 OLT 3 et 6 OPA. De plus, l'employeur doit consulter les travailleurs ou leurs représentants dans l'entreprise sur les questions relatives à la protection de la santé (art. 48, al. 1, let. a, LTr) et à la sécurité au travail (art. 6a OPA). L'information, l'instruction et la consultation prennent une importance particulière en cas de télétravail, vu que l'employeur ne conçoit pas lui-même les locaux ou la place de travail, qu'il s'agisse du domicile du travailleur ou d'une place de travail changeante comme en cas de télétravail mobile.

7.3.3 Règles à observer par le travailleur

Par ailleurs, le respect des prescriptions de protection de la santé dépend aussi du travailleur. Les travailleurs sont en effet tenus de seconder l'employeur dans l'application de ces prescriptions (art. 6, al. 3, LTr). Ils suivent les instructions de l'employeur en matière d'hygiène et observent les règles généralement reconnues (art. 10, al. 1, OLT 3). S'ils constatent des défauts qui compromettent la santé, ils les suppriment ou en font part à l'employeur lorsqu'ils ne sont pas en mesure de les supprimer (art. 10, al. 2, OLT 3). Ces règles sont une base qui peut fonder l'autonomie nécessairement plus grande du télétravailleur.

7.3.4 Contrôle par l'employeur et les autorités

Enfin, pour ce qui est du contrôle, l'employeur ne pourra veiller à l'observation des mesures d'hygiène comme l'exige de lui le droit en vigueur (art. 5, al. 2, OLT 3) que de manière limitée. Il peut avoir à vérifier l'adéquation du lieu de travail envisagé par le travailleur, pourrait faire des contrôles occasionnels, mais n'a pas la possibilité de contrôler de façon régulière la manière dont le travailleur applique ses instructions. L'accès aux locaux privés du travailleur ne lui est de même pas donné, mais dépend de l'accord de celui-ci.

L'employeur n'est pas seul à être confronté au problème du contrôle. Les autorités le sont elles aussi. Elles devraient pouvoir effectuer des contrôles au domicile du télétravailleur qui accomplit sa prestation de travail chez lui. De tels contrôles posent toutefois des problèmes pratiques qui peuvent dissuader les autorités d'agir. L'art. 45, al. 2, LTr ne leur donne le droit que d'accéder à l'entreprise. Cette disposition montre que le législateur n'avait pas la situation du télétravail en vue. Les autorités pourront au moins disposer des informations pertinentes sur la base de l'art. 45, al. 1, LTr, qui prévoit une obligation à charge de l'employeur et des travailleurs de donner aux autorités d'exécution et de surveillance tous les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches.

7.3.5 Appréciation des règles en vigueur

Au niveau du CO et de la LTr ou de la LAA, les règles applicables sont générales et donc d'application flexible et permettant de trouver des solutions prenant en compte les particularités du télétravail. Les art. 328, al. 2, CO et 6 LTr n'exigent de même que les mesures commandées par l'expérience et adaptées aux conditions de l'exploitation. L'art. 328, al. 2, CO se limite aussi aux mesures qui peuvent être exigées de l'employeur au vu des rapports de travail et de la nature du travail. Ce tempérament ne fait qu'exprimer le principe de proportionnalité applicable dans tous les cas aux autorités administratives qui mettent en œuvre le droit public du travail et qui est rappelé à l'art. 2, al. 2, OLT 3.

Par contre, les ordonnances d'application contiennent des règles plus détaillées et concrètes. Cela concerne tout particulièrement les règles sur l'aménagement des locaux et de la place de travail. Leur adéquation doit être questionnée en regard du télétravail.

En matière d'aménagement des locaux et de la place de travail, les règles de concrétisation se réfèrent à un modèle d'organisation classique du travail dans lequel l'employeur conçoit et gère les locaux. Elles peuvent donc, dans une certaine mesure, s'avérer inadéquates pour le télétravail. L'employeur n'a par exemple pas la possibilité d'aménager l'habitation du travailleur. Il doit toutefois veiller à ce que le travail puisse s'effectuer dans de bonnes conditions, mettre à disposition un équipement adéquat et des accessoires qui permettent de respecter les principes de l'ergonomie. Les adaptations nécessaires doivent être déterminées dans chaque cas, suivant les besoins de la personne et le type de travail. La mise à disposition de mobilier spécial pourrait par exemple être nécessaire si le mobilier privé du télétravail n'est ni adapté ni adaptable. Certes, bien des règles peuvent valoir de la même manière en cas de télétravail ou y être adaptées, comme celles sur l'éclairage des locaux ou le respect des principes de l'ergonomie. Les limites se situent alors bien plus dans les possibilités pour l'employeur de les mettre en œuvre et d'en contrôler le respect. Mais elles pourront aussi être incompatibles avec le télétravail ou avec certaines formes de télétravail. Un avantage des règles en vigueur est la place donnée à l'information et à l'instruction du travailleur et la possibilité de donner une certaine autonomie au télétravailleur (voir ch. 7.3.3). Ces aménagements ne garantissent toutefois pas que toutes les prescriptions existantes puissent être respectées sous leur forme actuelle. Et il se peut que des obstacles pratiques, tenant par exemple à l'inadéquation du domicile du travailleur, ne doivent pousser l'employeur à refuser le télétravail pour ne pas risquer de contrevenir aux prescriptions de protection de la santé.

7.3.6 Règles spéciales en matière de travail à domicile

Des règles spéciales existent uniquement pour le travail à domicile au sens traditionnel, forme de travail qui, nous l'avons vu, a presque totalement disparu, surtout que les règles de droit public se limitent aux tâches artisanales ou industrielles. Ainsi, l'art. 8 LTrD prévoit deux obligations à charge de l'employeur: la remise d'instruments et de matériaux qui ne présentent pas de danger pour la santé (al. 1) et l'instruction des travailleurs à domicile, ceux-ci étant tenus de les respecter (al. 2).

7.4 Temps de travail, salaire et vacances

7.4.1 Temps de travail, horaires de travail

7.4.1.1 Flexibilité du temps et des horaires de travail

Le droit suisse ne connaît pas de durée normale légale du travail. La durée de travail est fixée dans le contrat ou le cas échéant dans une convention collective. Le télétravail ne présente pas de particularité de ce point de vue.

Le télétravail est associé en pratique à des modèles de temps de travail flexible. Grâce à la flexibilité, le télétravailleur pourra par exemple concilier au mieux sa vie familiale ou ses besoins privés avec l'accomplissement de ses tâches professionnelles. Un père ou une mère pourra par exemple décider de faire moins d'heures un certain jour pour s'occuper de ses enfants pendant que l'autre parent est absent. Le droit suisse permet de prévoir une durée de travail variable, par exemple un temps de travail annualisé ou un modèle fondé sur l'horaire de travail flexible. Un critère à considérer dans ces cas est celui de la liberté ou non du travailleur de déterminer son temps de travail de manière autonome. Le modèle de l'horaire de travail flexible permet par exemple au travailleur de fixer librement son temps de travail

journalier et ses horaires dans un certain cadre et d'accumuler un solde positif ou négatif qu'il lui revient de compenser à un moment donné.

Le contrôle du temps de travail effectué ne peut se faire comme lorsque le travailleur accomplit sa prestation dans les locaux de l'entreprise. L'employeur ne peut contrôler la présence ou l'activité du travailleur. Il revient au télétravailleur de saisir ses heures de travail. Le rapport de confiance et l'autonomie qu'implique le télétravail seront donc ici mis en avant. A l'opposé, le risque existe aussi que le travailleur, qui est facilement joignable voire connecté en permanence, n'accomplisse des tâches sans les enregistrer¹⁰⁸. Il peut par exemple recevoir un appel alors qu'il est entrain de manger, interrompre son repas et discuter d'un problème de travail pendant 15 minutes puis, quelques heures plus tard, répondre à un courriel sur son smartphone alors qu'il est en train de faire des courses.

Quant aux horaires de travail, ils peuvent être convenus de manière fixe entre les parties. Si ce n'est pas le cas, l'employeur peut les fixer sur la base de son pouvoir de donner des instructions. Le télétravail se caractérise toutefois ici aussi par l'autonomie laissée au travailleur dans l'organisation de son travail. Suivant les cas donc, il pourra fixer librement ses horaires, avoir des horaires fixes ou avoir des plages horaires pendant lesquelles il doit travailler ou du moins être joignable. La flexibilité lui permettra par exemple de faire une pause d'une heure pour aller chercher ses enfants à l'école.

7.4.1.2 Limites posées par le droit public du travail

Ce régime souple de la durée de travail et des horaires de travail doit toutefois respecter les limites posées par la LTr, qui s'appliquent de la même manière au télétravail. Ainsi, notamment, la durée maximale de travail hebdomadaire est de 45 ou 50 heures (art. 9, al. 1, LTr), le travail de jour et le travail du soir se situent entre 6 heures et 23 heures (art. 10, al. 1, LTr) et un repos quotidien d'au moins 11 heures consécutives doit être garanti (art. 15a, al. 1, LTr). Le travail situé entre 23 heures et 6 est du travail de nuit qui est en principe interdit (art. 16 LTr), sous réserve des dérogations prévues à l'art. 17 LTr. Les art. 46 LTr et 73, al. 1, OLT 1 obligent l'employeur à saisir les données permettant de contrôler le respect de la LTr. L'art. 73, al. 1, OLT 1 a fait l'objet d'une longue controverse, en particulier en lien avec des modèles d'horaires flexibles, typiques du télétravail. Une solution a finalement été trouvée d'entente avec les partenaires sociaux et l'OLT 1 modifiée en conséquence¹⁰⁹. Les discussions sur cette problématique se poursuivent toutefois, notamment en lien avec une solution qui serait à intégrer dans la loi¹¹⁰.

En elles-mêmes, la flexibilité et la joignabilité à distance du télétravailleur constituent l'un des grands avantages du télétravail. Toutefois, elles peuvent, si certaines limites ne sont pas respectées, devenir un problème aigu en rapport avec les prescriptions sur le temps de travail et la durée de travail, qui visent, rappelons-le, la protection de la santé du travailleur. En effet, si les plages horaires pendant lesquelles le télétravailleur accomplit sa prestation ou pendant lesquelles il doit être joignable ne sont pas délimitées, le télétravailleur risque, entre

¹⁰⁸ Phénomène des «heures supplémentaires cachées», voir ULICH, 66

¹⁰⁹ Voir les nouveaux art. 73a et 73b OLT1 et le communiqué de presse du DEFR du 22 février 2015, «Enregistrement du temps de travail : accord des partenaires sociaux sur la base d'une proposition du conseiller fédéral Schneider-Ammann». Voir aussi l'avis du Conseil fédéral du 7 novembre 2012 sur le postulat 12.3817 Chopard-Acklin «Saisie des horaires de travail flexibles» et l'avis du Conseil fédéral du 20 novembre 2013 sur la motion 13.3708 Aeschi «Obligation d'enregistrement du temps de travail. Permettre aux salariés de certains secteurs de renoncer à cet enregistrement».

¹¹⁰ Voir notamment la motion 15.4089 Schneider-Schneiter «Pour un enregistrement de la durée de travail dans l'esprit du temps», que le Conseil fédéral propose de rejeter et les initiatives parlementaires 16.414 Graber «Introduire un régime de flexibilité partielle dans la loi sur le travail et maintenir des modèles de temps de travail éprouvés» et 16.423 Keller-Sutter «Libérer le personnel dirigeant et les spécialistes de l'obligation de saisie du temps de travail» auxquelles la commission de l'économie et des redevances du conseil des Etats a donné suite le 19 août 2016.

autres, de travailler de nuit au sens de la LTr ou de dépasser les durées maximales de travail et d'enfreindre par là les prescriptions de droit public du travail¹¹¹.

De plus, il s'avère que la tendance à être joignable en permanence, qui peut amener à être actif à toute heure, que l'employeur la demande, qu'elle découle d'une charge de travail excessive, qu'elle résulte d'une réponse du travailleur aux sollicitations de ses collègues ou d'initiatives volontaires du travailleur constatables par l'employeur, présente plusieurs caractéristiques qui doivent faire craindre des conséquences néfastes sur la santé, comme le stress ou l'épuisement professionnel dans les cas extrêmes: tension liée à l'attente d'un contact, absence ou interruption de temps de pause, sollicitation en tout temps, interruption continue du travail par des appels, interpénétration mal gérée des sphères privée et professionnelle¹¹². Or nous avons vu ci-dessus (7.4.1) que les obligations découlant des art. 328 CO et 6 LTr commandent notamment d'éviter le stress au travail ou les travaux menant à un effort excessif ou au surmenage. C'est pourquoi la sollicitation sans limites du télétravailleur ou du travailleur connecté est aujourd'hui considérée comme contraire aux prescriptions de protection de la santé, faisant d'un cadre temporel à la prestation de travail un élément important dans la réglementation du télétravail ou de toute forme de travail à distance¹¹³.

Certes, une telle tendance peut également être le fait de collaborateurs qui travaillent au bureau et bénéficient aussi d'un modèle flexible de temps de travail. Mais l'effacement des limites entre espace privé et professionnel en cas de télétravail augmente ce risque¹¹⁴. Par ailleurs, ce problème s'étend aussi typiquement au travail à distance qui n'est pas du télétravail, comme répondre à un appel ou à un courriel en tout temps et en tout lieu. Ces formes de travail, qui se sont grandement répandues avec le développement des modes de connexion et de communication mobiles, présentent, sous l'aspect de la protection de la santé, des risques similaires.

7.4.1.3 Télétravail et temps de travail

Les périodes pendant lesquelles le télétravailleur doit pouvoir être joint posent également la question de leur qualification en tant que temps de travail ou temps libre. Les durées qualifiées de temps de travail sont prises en compte pour déterminer si les prescriptions de la LTr sur la durée de travail et de repos sont respectées. La qualification de temps de travail permet également, en droit privé, de savoir si le travailleur a accompli la durée fixée dans le contrat et s'il a, le cas échéant, fait des heures supplémentaires. Le temps de travail en droit privé est également le temps qui donne droit à rémunération. Le temps de travail n'est toutefois pas défini dans la loi en droit suisse et la notion n'est pas identique du point de vue de la LTr et du droit du contrat de travail¹¹⁵.

Droit public du travail

Dans le cadre de la LTr, la durée de travail correspond au «temps pendant lequel le travailleur doit se tenir à la disposition de l'employeur» (art. 13, al. 1, OLT 1). Le travailleur ne doit pas pour cela se trouver dans les locaux de l'entreprise¹¹⁶. De même, la place de travail, notion utilisée dans la comptabilisation des pauses comme temps de travail (art. 15, al. 2, LTr),

¹¹¹ SGB/USS, Dossier NR 100, 22; VON KAENEL (Ständige Erreichbarkeit), 5; REUTTER/KLAUS, 162; DUNAND, 52; WYLER/HEINZER, 339

¹¹² VON KAENEL, Ständige Erreichbarkeit, 2-3; SGB/USS, Dossier NR 100, 22; REUTTER/KLAUS, 162; LETSCH, n. 33-35, 57-58 et 59-62; WYLER/HEINZER, 339

¹¹³ SGB/USS, Dossier NR 100, 22; VON KAENEL (Ständige Erreichbarkeit), 2-3; REUTTER/KLAUS, 162; DUNAND, 50-51; WYLER/HEINZER, 339

¹¹⁴ SGB/USS, Dossier NR. 100, 20; LETSCH, n. 54 et 57; DUNAND, 50-51; WYLER/HEINZER, 339

¹¹⁵ RUDOLPH/VON KAENEL, 198

¹¹⁶ SECO, Commentaire LTr-OLT 1-OLT 2, 113-1

peut se trouver en entreprise ou en dehors (art. 18, al. 5, OLT 1). Ainsi, l'élément de lieu n'est pas déterminant pour savoir si le travailleur est à disposition de l'employeur au sens de l'art. 13, al. 1, OLT 1. Cette disposition ne pose donc pas de problème du point de vue du télétravail. Il sera toutefois plus aisé de savoir si le travailleur est à disposition de l'employeur lorsqu'il se trouve dans l'entreprise qu'en dehors.

Le fait d'être à disposition de l'employeur au sens de l'art. 13, al. 1, OLT 1 n'implique ensuite pas nécessairement qu'un travail est effectivement accompli. Il est suffisant que le travailleur ne dispose pas librement de son temps. Cela comprend, dans un sens strict, le temps pendant lequel le travailleur est soumis au pouvoir d'instruction de l'employeur. Une interprétation plus large défendue dans la doctrine inclut cependant également tout temps pendant lequel le travailleur sert «principalement» les intérêts de l'employeur avec l'accord de celui-ci¹¹⁷. Par conséquent, les périodes pendant lesquelles le travailleur qui s'est engagé à être joignable répond effectivement à un appel ou à un courriel seront considérées comme du temps de travail, de même que les périodes pendant lesquelles le travailleur doit répondre à des sollicitations à un rythme soutenu ne permettant pas d'utiliser les intervalles d'attente librement ou pour récupérer¹¹⁸. Au-delà de ces situations, la finalité de protection de la santé, but fondamental de la LTr, devra guider l'interprétation de l'art. 13 OLT 1 et son application à des cas de télétravail. A cet égard, comme relevé ci-dessus, le fait de devoir être joignable en soi, de même que la dissolution des limites entre vie privée et professionnelle peuvent engendrer des tensions physiques et psychiques et porter une atteinte à la santé sans qu'une sollicitation n'ait effectivement lieu. Il se peut donc que, suivant la situation concrète, la qualification de temps de travail soit adoptée même si la fréquence des sollicitations n'est pas si élevée.

Les art. 14 et 15 OLT 1 règlent une forme de joignabilité particulière, le service de piquet. Ce n'est qu'une forme de service de permanence parmi d'autres¹¹⁹. Le service de piquet se caractérise par une disponibilité «en sus du travail habituel» pour remédier à des situations particulières comme des urgences ou des perturbations (art. 14, al. 1, OLT 1). Le service de piquet n'est pas typique du télétravail. Le télétravailleur peut devoir être joignable pendant son temps de travail «habituel» pour effectuer des tâches habituelles. Le télétravail ne sera donc en général pas qualifié de service de piquet au sens de ces dispositions. Par conséquent, l'art. 15, al. 2, OLT 1, qui exclut du temps de travail le service de piquet sans travail effectif, ne s'appliquera pas à des périodes pendant lesquelles le télétravailleur arrête de travailler mais garde son téléphone portable sur lui en cas d'appel. Ces périodes pourront donc être qualifiées de temps de travail.

Une application par analogie des dispositions sur le service de piquet pourrait être envisagée. Elle dépendra de toute manière de la situation particulière. Ainsi, l'art. 15, al. 2, OLT 1 sera d'autant moins pertinent que le travailleur doit s'attendre à être contacté pour toutes sortes de raisons comme une question, une précision ou une discussion et non pas seulement si des situations particulière se présentent. L'art. 14, al. 2 à 4, OLT 1 peut également être une source utile d'orientation pour le télétravail. Ces dispositions montrent que les périodes pendant lesquelles le travailleur est joignable doivent être limitées, même si ces périodes ne sont pas du temps de travail et que, par conséquent, les limites maximales quotidienne et hebdomadaire ne s'y appliquent pas.

L'art. 13, al. 1, OLT 1 se réfère explicitement à l'art. 6, al. 2 LTr. Il indique donc que l'art. 6, al. 2, LTr ne s'applique qu'aux périodes qui relèvent du temps de travail. Il s'ensuit que la protection de l'art. 6, al. 2, LTr relative au surmenage trouve sa limite dans la qualification de

¹¹⁷ VON KAENEL (Ständige Erreichbarkeit), 4 repris dans RUDOLPH/VON KAENEL, 198

¹¹⁸ RUDOLPH/VON KAENEL, 207

¹¹⁹ SECO, LTr, OLT 1 - OLT 2, 114-1

temps de travail et que des périodes de joignabilité qui ne sont pas du temps de travail ne sont pas propres, dans le système de la LTr, à mener au surmenage. Il est donc d'autant plus essentiel que la qualification de temps de travail se fasse dans l'optique de l'atteinte potentielle à la santé et qu'elle ne soit exclue que dans les cas où la joignabilité n'affecte pas la santé du télétravailleur.

Pour résumer, le temps de travail selon la LTr et l'OLT 1 ne dépend pas du lieu d'exécution de la prestation de travail. Ce lieu peut se trouver en dehors de l'entreprise. Le télétravail ne pose donc pas de problème de ce point de vue. Ensuite, le temps de travail ne se limite pas au temps effectivement travaillé mais inclut aussi le temps pendant lequel le travailleur est à disposition de l'employeur. Cela implique que les règles actuelles permettent d'appréhender les périodes pendant lesquelles le travailleur doit être joignable sans travailler effectivement. Une zone de flou existe toutefois lorsqu'il s'agit de savoir si le travailleur potentiellement joignable est, aux termes de la loi, à disposition de l'employeur. L'intensité dans l'utilisation du temps au service de l'employeur est certainement un critère à considérer. La finalité protectrice de la LTr demande également de tenir compte des effets sur la santé de la joignabilité. Dans tous les cas, un examen de chaque situation concrète est nécessaire. Une incertitude existe donc sur la qualification de temps de travail dans des situations de télétravail caractérisées par un temps et des horaires flexibles. Enfin, si les dispositions sur le service de piquet ne sont, sauf cas particuliers, pas directement pertinentes pour le télétravail, une prise en compte par analogie dans certaines situations pourrait être envisagée. En particulier, les limites temporelles fixées au service de piquet, indépendamment de sa qualification de temps de travail, peuvent constituer une piste utile pour les périodes de joignabilité du télétravailleur.

Droit privé du travail

Le droit privé du travail connaît une notion distincte du temps de travail. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé, en lien avec le travail sur appel, que le temps sans activité effective mis à disposition par le travailleur dans l'entreprise ou en dehors doit être qualifié de temps de travail qui est rémunéré, au taux plein dans l'entreprise et à un taux réduit en dehors¹²⁰. Toutefois, les parties peuvent écarter cette règle par accord et exclure toute rémunération. Mais elles ne sont pas complètement libres, car l'exclusion de toute rémunération ne peut avoir pour effet des variations brusques de salaire qui priveraient le travailleur de ses moyens d'existence et videraient ainsi par exemple la protection accordée par les délais de congé de toute substance¹²¹. Le cas du télétravail n'est pas comparable à celui du travail sur appel. Le télétravailleur dispose en général d'un salaire fixe et d'une durée de travail définie dans le contrat. Il n'en reste pas moins que la rémunération des périodes pendant lesquelles le télétravailleur doit être joignable mais ne travaille pas se pose.

7.4.1.4 Trajet et temps de travail

La qualification du trajet comme temps de travail peut poser des questions particulières pour le télétravail. Du point de vue du droit privé, le trajet pour se rendre au travail n'est pas du temps de travail, car le travailleur ne met pas sa force de travail à disposition de l'employeur. La même règle prévaut en droit public (art. 13, al. 1, OLT 1). Le temps nécessaire pour se rendre à un autre lieu que le lieu de travail est par contre à qualifier de temps de travail, par exemple en cas de voyage de service. Là encore, une règle similaire est prévue en droit public (art. 13, al. 2, OLT 1). En cas de télétravail régulier mais alterné, la règle générale s'ap-

¹²⁰ ATF 124 III 249, cons. 3a

¹²¹ ATF 125 III 65, cons. 4b,aa

plique aux trajets pour se rendre dans les locaux de l'employeur les jours de travail au bureau. La situation pourrait être différente les jours où le télétravailleur travaille chez lui et qu'il est appelé à se rendre dans les locaux de l'entreprise, pour une séance par exemple: l'appréciation dépendra de savoir si les locaux de l'employeur sont dans tous les cas considérés comme un lieu de travail, même les jours convenus pour le télétravail. La règle prévue en droit public, qui comptabilise le trajet comme temps de travail en cas d'intervention pendant un service de piquet, pourrait servir de source d'inspiration (art. 15, al. 2, OLT 1).

7.4.2 Salaire

Le salaire est la prestation principale due par l'employeur (art. 319, al. 1, CO) lié par un contrat de travail. Cette obligation n'est pas différente en cas de télétravail. L'art. 4, al. 1, LTrD prévoit que le salaire versé pour le travail à domicile sera conforme aux taux appliqués quant à la rétribution d'activités équivalentes, exercées dans l'entreprise. Cette norme exige donc le respect de l'égalité de traitement entre les travailleurs à domicile et en entreprise. Elle constitue une exception à la faculté des parties de fixer le salaire librement en droit privé du travail (art. 322, al. 1, CO). Une telle règle n'existe pas pour le télétravail. Est-ce justifié? Les deux situations sont différentes. D'une part, lorsque le travailleur est déjà employé et travaille dans les locaux de l'organisation, il ne subira pas de baisse de salaire au moment de conclure un accord de télétravail avec son employeur. D'autre part, la situation sociale et professionnelle des travailleurs à domicile au sens traditionnel et des télétravailleurs n'est pas identique. Ces derniers sont en général qualifiés, ne sont pas typiquement pauvres et ne pratiquent pas le télétravail pour disposer d'un revenu d'appoint. Ils ne sont de même pas dépendants de commandes de leur employeur. La situation du télétravailleur n'est cependant pas sans risques. L'isolation, le fait d'être à l'écart des autres collaborateurs, de ne pas être aussi présent, sont des éléments qui pourraient influencer, si ce n'est la fixation du salaire, du moins sa progression. Le télétravailleur risque en effet de ne pas être remarqué par ses supérieurs et ses prestations moins reconnues. Il risque aussi de ce fait de ne pas être en bonne position en cas de promotion.

L'art. 4, al. 1, LTrD enjoint par ailleurs de tenir compte des frais supplémentaires ou des économies résultant du travail à domicile pour l'employeur et le travailleur. La question de la charge des frais est traitée ci-après (voir ch. 7.6). Le télétravail engendre des économies pour l'employeur, que ce soit au niveau des charges liées aux locaux ou de celles liées aux infrastructures ou du matériel, si le télétravailleur utilise les connexions ou les appareils dont il dispose pour ses besoins privés. Ces transferts de frais sur le travailleur peuvent trouver en partie une solution à travers les règles sur la charge des frais. Si ce n'est pas le cas, la règle prévue à l'art. 4, al. 1, LTrD est également pertinente en cas de télétravail. Mais elle ne constitue pas nécessairement la solution adéquate. Celle-ci devrait en effet se situer au niveau des règles sur la charge des frais.

La qualification de temps de travail - ou non - de périodes où le télétravailleur est joignable a une conséquence directe sur le salaire dû. Si la rémunération dépend de la durée travaillée, l'effet sur le salaire est évident. Si le salaire est fixe et la durée de travail normale déterminée dans le contrat, la durée contractuelle convenue pourrait, suivant la qualification qui est faite de ces périodes, être dépassée, et une compensation, le cas échéant pécuniaire, pour des heures supplémentaires pourrait être due.

7.4.3 Vacances

Tout travailleur a droit à quatre semaines de vacances par année ou à cinq semaines s'il n'a pas encore atteint l'âge de vingt ans révolus (art. 329a, al. 1, CO). Cette règle vaut de la même manière en cas de télétravail. La disparition des limites entre vie privée et professionnelle comme la joignabilité plus grande éventuellement demandée du télétravailleur pourraient impliquer un risque plus grand de vérifier les courriels ou de répondre aux appels pendant les vacances. Celles-ci perdraient leur fonction première de repos et de récupération, très importante dans le système de protection du travailleur. L'employeur pourrait être tenu de ce fait d'accorder des jours de vacances de compensation¹²². C'est pourquoi le télétravail demande de fixer des limites claires à cet égard.

7.5 Empêchement de travailler

7.5.1 En général

L'art. 324a CO prévoit une obligation de verser le salaire au travailleur empêché de travailler sans sa faute pour une raison inhérente à sa personne. L'empêchement résultera par exemple d'une maladie, d'un accident ou de l'accomplissement d'une obligation légale. Le télétravail n'aura aucune influence sur l'application de cette règle. Le télétravailleur aura droit au versement de son salaire de la même manière si les conditions sont remplies.

L'obligation de verser le salaire tombe si le travailleur est assuré obligatoirement en vertu d'une disposition légale en cas de survenance d'un empêchement de travailler et qu'il reçoit les quatre cinquièmes de son salaire pour la période de l'empêchement (art. 324b, al. 1, CO). L'employeur devra verser le salaire à concurrence des quatre cinquièmes de celui-ci si les prestations d'assurance sont inférieures (art. 324b, al. 2, CO). Et lorsque l'assurance obligatoire prévoit un délai d'attente avant l'octroi des prestations, l'employeur verse les quatre cinquièmes au moins du salaire pendant ce délai (art. 324b, al. 3, CO).

L'employeur est également libéré de son obligation de verser le salaire, si une protection équivalente est garantie au travailleur par accord écrit, convention collective ou contrat-type (art. 324a, al. 4, CO). Une telle protection est assurée dans la pratique par la conclusion d'assurances perte de gain.

7.5.2 En cas de contrat de travail à domicile

L'art. 324a CO ne s'applique qu'aux rapports de travail qui ont duré plus de trois mois ou qui ont été conclus pour durer plus de trois mois. Par conséquent, lors d'engagements courts de durée déterminée, le travailleur ne reçoit pas de salaire en cas d'empêchement. Le télétravail n'est toutefois pas spécifiquement concerné par cette règle, car il ne se caractérise pas par des engagements courts et ponctuels. Toutefois, le télétravailleur subira une restriction si son contrat est qualifié de contrat de travail à domicile. Dans ces cas, l'art. 324a CO ne s'applique que si le travailleur est occupé de manière «ininterrompue» (art. 353b, al. 1, CO). L'occupation est ininterrompue si la relation de travail est conclue sur la durée et ne se limite pas à l'accomplissement d'une tâche particulière. L'employeur fournit donc des travaux successifs sur la durée, parce qu'il s'y est engagé au départ ou parce qu'une telle relation s'est établie ainsi par la suite¹²³. Le travail peut être à temps partiel ou temps plein, il peut être irrégulier ou connaître de courtes interruptions, contrairement à ce que laisse entendre le

¹²² DUNAND, 52; FANTI, 175

¹²³ FRANZ WALDNER, 143; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 2 ad art. 353a CO; BK-REHBINDER, n. 1 ad art. 353a CO; VISCHER/MÜLLER, §29 n. 16.

terme «ininterrompu»¹²⁴. Par opposition, le contrat de travail à domicile occasionnel est lié à l'exécution d'une tâche ponctuelle. Le travailleur et l'employeur sont libres après cela de confier ou d'accepter d'autres travaux¹²⁵. Le législateur est parti de l'idée que ces contrats occasionnels sont de courte durée, ne dépassant que rarement une durée de trois mois¹²⁶. Pour assurer la sécurité du droit, il a décidé d'exclure l'application de l'art. 324a CO en cas de contrat de travail à domicile occasionnel, quelle que soit sa durée¹²⁷. Selon un avis, des activités qui ont une certaine durée sont toujours à qualifier d'ininterrompues, même si une seule tâche est exécutée¹²⁸. Cet avis se fonde sur le point de vue du législateur et sur l'art. 8 de l'ancienne LTrD d'où cette norme est tirée. La relation sera également ininterrompue si les activités occasionnelles sont à considérer comme des contrats en chaîne constitutifs d'un abus de droit et interdits par le droit du contrat de travail¹²⁹.

Le télétravailleur ne sera que rarement privé de salaire en cas d'empêchement de travailler sur la base de l'art. 353b, al. 1, CO. En effet, les rapports de télétravail ne seront, comme nous l'avons vu¹³⁰, pas souvent qualifiés de contrats de travail à domicile et, si c'est le cas, ils n'entreront pas toujours dans la catégorie des activités occasionnelles. Néanmoins, cette règle crée une lacune de protection qui est aujourd'hui difficile à justifier. A l'époque, le législateur a voulu assurer la sécurité du droit en excluant le versement du salaire en cas d'empêchement, quelle que soit la durée des rapports occasionnels. Aujourd'hui, la règle de l'art. 324a, al. 1, CO est bien connue et la détermination des rapports conclus ou ayant duré plus de trois mois fait l'objet d'une pratique bien établie¹³¹. L'absence de versement du salaire en cas de travail à domicile occasionnel de plus de trois mois peut donc à juste titre être remise en cause, comme d'ailleurs la distinction entre activité ininterrompue et occasionnelle¹³². Celle-ci a en effet d'autres conséquences juridiques, sur le versement du salaire par exemple, qui n'intervient qu'à la fin du contrat en cas d'activité occasionnelle (art. 353a, al. 1, CO).

7.6 Instruments de travail et frais

7.6.1 Situation en cas de télétravail

Plusieurs options existent s'agissant du matériel du télétravailleur lorsqu'il n'est pas au bureau. Il se pourra qu'il reçoive un ordinateur ou un téléphone portable de son employeur. Une utilisation à des fins privées pourra être admise ou non. Le télétravailleur pourra aussi utiliser ses appareils privés. L'utilisation de l'équipement privé au bureau, connu sous le nom anglais de BYOD (Bring your own device, Apportez vos propres appareils), est un phénomène qui a connu un développement notable ces dernières années et qui peut aller en s'amplifiant¹³³. L'usage de matériel informatique ou de télécommunication pourra aussi se développer indépendamment d'un accord de télétravail et impliquera de travailler à distance sans qu'il s'agisse nécessairement de télétravail au sens strict. Il s'agira par exemple d'avoir uniquement accès aux courriels professionnels depuis un smartphone ou un ordinateur privé.

¹²⁴ AUBERT (Travail à domicile), 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 2 ad art. 353a CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 4 ad art. 353 à 354 CO.

¹²⁵ Message 1967, 428

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Message 1967, 428

¹²⁸ AUBERT, D., n. 19 ad art. 354 CO

¹²⁹ ATF 119 V 46, cons. 1c

¹³⁰ Voir ch. 6.3.2

¹³¹ ATF 131 III 623, cons. 2.3 et 2.4

¹³² Dans ce sens: BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 4 ad art. 353 à 354 CO et BK-REHBINDER, n. 4 ad art. 353b CO, sur l'exclusion de l'art. 324a CO et, sur la distinction elle-même, SUBILIA/DUC, n. 16 ad art. 351 CO; VIS-CHER/MÜLLER, §29 n. 20.

¹³³ Voir FANTI, 168-169; BIRKHÄUSER/HADORN, 201; PORTMANN, 42

Lorsque le télétravail s'effectue à domicile, ce sont les locaux, le mobilier et les installations privées du travailleur qui remplacent le bureau et l'équipement de l'entreprise. Le télétravailleur utilisera ainsi son modem, son imprimante ou son téléphone fixe privés. De même, la connexion au réseau sera celle qu'il a contractée pour ses besoins privés (abonnement pour téléphone fixe ou internet et éventuellement abonnement pour téléphone mobile). Par conséquent, ses communications professionnelles se feront sur le compte de son abonnement privé à internet, de son abonnement au téléphone fixe ou, suivants les cas, au téléphone mobile. Les règles actuelles sur la fourniture du matériel et la charge des frais permettent-elles d'encadrer ces évolutions, caractérisées par la disparition des frontières entre sphères privée et professionnelle?

7.6.2 Règles sur la fourniture du matériel et la charge des frais

L'art. 327, al. 1, CO met la fourniture des instruments de travail et des matériaux à la charge de l'employeur. L'employeur qui ne fournit pas le matériel nécessaire tombe en demeure et doit verser le salaire même si le travailleur n'exécute pas sa prestation de travail (art. 324, al. 1, CO). Un accord ou un usage contraire peuvent toutefois prévoir que les instruments de travail ou les matériaux sont fournis par le travailleur. Dans ce cas, l'art. 327, al. 2, CO prévoit une indemnité convenable pour le travailleur. Cette disposition réserve toutefois un accord ou un usage contraire. Elle est donc de droit dispositif. Ainsi, tant la fourniture des instruments de travail et des matériaux que les frais y relatifs peuvent être mis à la charge du travailleur.

Les frais imposés par l'exécution du travail doivent être remboursés par l'employeur (art. 327a, al. 1). Une dérogation n'est possible qu'en faveur du travailleur (art. 327a, al. 3 et 362 CO). L'employeur ne peut donc reporter une partie ou l'ensemble des frais sur le travailleur. Le remboursement peut tout au plus se faire par une indemnité fixe qui doit couvrir tous les frais et qui doit être prévue dans un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective de travail (art. 327a, al. 2, CO).

L'art. 5, al. 1 de la loi sur le travail à domicile (LTrD) prévoit que les frais liés à la fourniture des instruments de travail doivent être remboursés par l'employeur. Cette règle est impérative, contrairement à l'art. 327 CO. Elle ne s'appliquera cependant pas, car le télétravail ne constitue pas du travail à domicile au sens de la LTrD, celui-ci étant limité aux travaux artisanaux ou industriels accomplis à la main ou à la machine (art. 1, al. 4, LTrD).

7.6.3 Implications en cas de télétravail

7.6.3.1 Accord préalable de l'employeur

Ces règles vont tout d'abord impliquer que le travailleur ne peut demander le remboursement de ses frais s'il prend l'initiative d'utiliser ses appareils privés ou de se procurer un téléphone portable ou un ordinateur pour pouvoir travailler hors de son bureau. L'accord de l'employeur est nécessaire (à l'exception peut-être de situations d'urgence où une initiative spontanée sert clairement les intérêts de l'employeur). L'accord de l'employeur détermine à la base si la possibilité même de faire du télétravail existe (voir ch. 7.2). Mais cet accord aura un effet sur le remboursement des frais. A noter que l'accord peut être tacite. Par conséquent, l'employeur qui a connaissance de ce fait ne pourra refuser de payer les frais occasionnés.

7.6.3.2 Règles impératives: lien entre l'art. 327 et l'art. 327a CO

Ensuite, alors que l'art. 327 CO permet de mettre les frais relatifs aux instruments et matériaux de travail à la charge du travailleur, l'art. 327a CO est de droit impératif et exige que l'employeur rembourse les frais nécessaires à l'exécution de la prestation de travail. Une question se pose donc: quel est le lien entre les deux dispositions, laquelle doit prévaloir sur l'autre? La possibilité ou non de mettre les frais à la charge du salarié dépendra de la réponse à cette question.

Le lien entre l'art. 327 et 327a CO est une question controversée. Une partie de la jurisprudence et de la doctrine voit l'art. 327 CO comme une loi spéciale qui déroge à la règle générale impérative de l'art. 327a CO¹³⁴. Une autre partie donne la priorité au caractère impératif de l'art. 327a CO et n'admet pas que le travailleur supporte les frais nécessaires à l'exécution du travail, quels qu'ils soient¹³⁵. D'autres auteurs incluent certains biens comme les habits professionnels dans les instruments et matériaux mais soumettent les frais y relatifs à l'art. 327a CO¹³⁶, ce qui semble donner la primauté à la règle impérative de l'art. 327a CO sans être toutefois clairement exprimé. Un auteur enfin relève la contradiction entre les deux dispositions et donne la préférence à un texte légal qui aurait fait primer la règle de l'art. 327a CO¹³⁷.

7.6.3.3 Notion d'instruments de travail et de matériel selon l'art. 327 CO

Une seconde question doit trouver une réponse, en particulier si l'on admet que l'art. 327a CO prévaut sur l'art. 327 CO: les notions d'instruments de travail et de matériel doivent être définies. Cela n'est pas toujours aisé. Un téléphone ou un ordinateur portable seront des instruments de travail, alors que les frais d'électricité, de loyer ou d'abonnement tomberont dans la catégorie des frais régis par l'art. 327a CO. Par contre, le sort du papier ou de l'encre à imprimante et, plus généralement, de matériel consommable à courte échéance pourra poser problème. Un avis propose d'exclure cette catégorie du matériel au sens de l'art. 327 CO, excluant la possibilité de faire porter la charge des frais y relatifs au travailleur¹³⁸.

7.6.3.4 Frais «imposés» par le télétravail

Les frais imposés par l'exécution du travail au sens de l'art. 327a, al. 1, CO comprennent les dépenses nécessaires, occasionnées par le travail, par opposition aux dépenses d'agrément¹³⁹. Il faut donc que l'exécution du travail ait été la cause de la survenance des frais. La doctrine reconnaît le point de vue subjectif du travailleur diligent comme critère pour déterminer la nécessité des frais¹⁴⁰. De même, l'art. 327, al. 1, CO impose de fournir les instruments de travail et les matériaux dont le travailleur «a besoin».

L'on peut se demander si, fondamentalement, les frais encourus en faisant du télétravail sont nécessaires au sens de l'art. 327, al. 1, CO, dans les cas où le travailleur peut exécuter la prestation de travail à son bureau et qu'il choisit de faire du télétravail par convenance per-

¹³⁴ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, JAR 2009, 663, cons. 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 3 ad art. 327 CO; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, n. 4 ad art. 327 CO; ZK-STAEHELIN, n. 7 ad art. 327 CO; MÜLLER/STENGEL, IV, 1, a; REUTTER/KLAUS, 160 note 8.

¹³⁵ Cour d'appel de Bâle-Ville, BJM 2005, 141, cons. 3a; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, n. 2 ad art. 327 CO; CARUZZO, n. 1 ad art. 327 CO.

¹³⁶ BK- REHBINDER/STÖCKLI, n. 2 ad art. 327 CO et n. 3 ad art. 327a CO; ZK-STAEHELIN, n. 1 ad art. 327 CO et n. 2 ad art. 327a CO, l'art. 327 CO étant toutefois reconnu comme *lex specialis* au n. 7 ad art. 327 CO.

¹³⁷ CR-AUBERT, n. 2 ad art. 327 CO.

¹³⁸ PULVER, 31-32, 214.3

¹³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.315/2004, du 13 décembre 2004, cons. 2.2

¹⁴⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 2 ad art. 327a CO; ZK-STAEHELIN, n. 2 ad art. 327a CO; BRUNOLD, n. 18

sonnelle. Cette interprétation mérite d'être examinée en raison d'une pratique relativement développée allant dans ce sens dans le domaine du droit fiscal (voir ci-dessous ch. 7.12). En droit fiscal en effet, le travailleur qui peut accomplir son travail dans les locaux de l'entreprise ne peut déduire les frais liés au télétravail, car ceux-ci ne sont pas nécessaires à l'acquisition du revenu. Cette approche est défendue par la doctrine - peu nombreuse - qui s'est exprimée sur ce point en lien avec les art. 327 et 327a CO¹⁴¹. La nouveauté avec le télétravail est donc qu'il y a deux lieux possibles pour accomplir la prestation et que, suivant les cas, le travailleur peut répartir l'accomplissement de ses tâches entre les deux selon sa convenance. La conséquence serait, en termes de nécessité des frais engagés, de n'imposer à l'employeur que la charge des frais pour le poste de travail en entreprise.

Ce point n'a pas été tranché par la jurisprudence en droit du travail. Dans la doctrine évoquée ci-dessus, une auteure estime que les frais de télétravail ne sont nécessaires que si le travailleur n'a pas la possibilité d'effectuer la prestation de travail dans les locaux de l'entreprise - parce qu'il n'a pas de bureau ou que son bureau est occupé les jours de télétravail - et si le télétravail est effectué à la demande de l'employeur¹⁴². Pour un autre auteur, la possibilité d'effectuer la prestation de travail dans les locaux de l'employeur suffit pour écarter la nécessité des frais engagés pour le télétravail¹⁴³. Cet auteur qualifie les frais engagés de dépenses personnelles ou privées, si le télétravailleur décide de travailler hors des locaux de son employeur par convenance personnelle, même si son employeur a donné son accord¹⁴⁴.

Le point de vue du droit fiscal reste toutefois difficile à transposer tel quel en droit des contrats. La possibilité matérielle d'exécuter la prestation de travail dans les locaux de l'entreprise ne suffit tout d'abord pas. Encore faut-il que le travailleur ait effectivement la liberté d'accomplir sa prestation dans les locaux de l'entreprise ou qu'il ait pu faire le choix du télétravail dans le contrat. En effet, lorsqu'il est exigé par l'employeur, le télétravail génère des frais qui sont nécessaires à l'exécution du travail. Ensuite, même si un choix est laissé au travailleur, c'est-à-dire une certaine autonomie, ou si le télétravail résulte d'un vœu exprimé par le travailleur et qu'il en tire le bénéfice entier, l'exécution de la prestation de travail sous forme de télétravail se fonde néanmoins sur un accord entre les parties. Or, que ce soit cet accord qui détermine ce qu'englobe l'«exécution du travail» au sens de l'art 327a, al. 1, CO, qui génère des frais «imposés» à rembourser, ne peut être écarté d'emblée et semble être une base raisonnable d'interprétation. Il en va de même des instruments et matériaux dont le travailleur «a besoin» selon l'art. 327, al. 1, CO. Cette interprétation plus large, fondée sur l'accord entre les parties, est écartée par la doctrine citée ci-dessus, au profit d'une interprétation plus restrictive. D'après cette interprétation, la manière d'exécuter la prestation de travail doit non seulement recevoir l'assentiment de l'employeur pour être jugée nécessaire, mais elle doit aussi servir les intérêts de l'employeur et non ceux du travailleur¹⁴⁵. Les arguments cités à l'appui d'une telle interprétation, s'ils sont défendables, ne permettent pas de tirer de conclusion convaincante et définitive. En effet, si la jurisprudence du Tribunal fédéral exclut les dépenses d'agrément du champ de l'art. 327a CO¹⁴⁶, une forme d'exécution acceptée par l'employeur ne va pas nécessairement générer une dépense d'agrément. De plus, le message du Conseil fédéral de 1967 parle bien de frais imposés par l'exécution du travail «contractuel» et les définit comme les frais qui «doivent être faits pour que le travailleur puisse exécuter le travail dont il est chargé.»¹⁴⁷ La mention de l'intérêt de l'employeur¹⁴⁸ ne

¹⁴¹ Principalement, CARCAGNI ROESLER, 88-90 et DOMENIG, n. 751 ss

¹⁴² CARCAGNI ROESLER, 88-90.

¹⁴³ DOMENIG, nos 755 et 760

¹⁴⁴ DOMENIG, n. 760; de même CARRUZZO, n. 1 ad art. 327a CO

¹⁴⁵ En particulier, DOMENIG, nos 752 et 753, qui estime que l'accord de l'employeur n'est pas suffisant.

¹⁴⁶ Cité par CARRUZZO, n. 1 ad art. 327a CO

¹⁴⁷ Message 1967, 349

¹⁴⁸ Message 1967, 350

paraît pas être déterminante dans ce contexte. La prise en compte de l'intérêt de l'employeur pour déterminer quels sont les frais imposés par l'exécution du travail est d'ailleurs contestée¹⁴⁹.

Par conséquent, la pratique du droit fiscal ne peut, au vu de ces éléments d'interprétation, être transposée sans autres en droit du contrat de travail. Ce point de vue n'a toutefois pas été confirmé par la jurisprudence et les avis doctrinaux peu nombreux exprimés sur ce point sont favorables à une interprétation qui va dans le même sens que celle du droit fiscal. Ces avis ne permettent toutefois pas de dégager une interprétation qui s'imposerait à l'exclusion de toute autre.

7.6.3.5 Instruments ou matériel à double usage privé et professionnel

Une autre question se rapporte à l'utilisation d'instruments ou de matériel à des fins tant privées que professionnelles. Un travailleur qui utilise ses appareils privés pourra-t-il invoquer une utilisation imposée par l'exécution du travail au sens de l'art. 327a, al. 1, CO? La nécessité des frais engagés pourrait être niée au motif que l'usage à des fins professionnelles n'est pas la cause déterminante dans les frais engagés. Le travailleur aurait de toute manière fait la dépense pour l'achat d'appareils privés et l'usage professionnel ne change rien aux frais d'abonnements s'ils sont forfaitaires¹⁵⁰. Cet argument peut aussi valoir en rapport avec le mobilier privé ou le loyer du logement privé, du moins lorsque l'exercice de l'activité professionnelle ne nécessite pas l'achat de meubles supplémentaires ou la location d'une pièce de plus¹⁵¹.

L'application par analogie de l'art. 327b, CO, qui traite de l'usage d'un véhicule privé pour l'exécution du travail, aboutirait à une autre solution. Cette disposition prévoit, en cas d'usage tant privé que professionnel, une prise en charge proportionnelle par l'employeur, «dans la mesure où le véhicule sert à l'exécution du travail». Certains frais additionnels, dépassant les frais courants d'usage et d'entretien, et une indemnité d'usure équitable sont aussi dus au travailleur qui fournit son véhicule privé (art. 327b, al. 2, CO). Sur cette base, une participation de l'employeur à une partie au moins des frais d'achats des ordinateurs ou téléphones portables privés ou des frais d'abonnement est envisageable¹⁵².

Deux auteurs défendent une interprétation large de l'art. 327a, al. 1, CO, qui repose sur le critère du bénéfice tiré par l'employeur des biens utilisés, indépendamment de l'usage - privé ou professionnel - auquel ils étaient affectés au moment de l'achat¹⁵³.

7.6.3.6 Occupation «en dehors de son lieu de travail»

Enfin, l'art. 327a, al. 1, CO prévoit le remboursement des dépenses nécessaires à l'entretien du travailleur, lorsque celui-ci est occupé «en dehors de son lieu de travail». Cette règle vise un cas particulier où les dépenses d'entretien personnel du travailleur seront considérées comme des frais, ce qui n'est pas le cas des frais de trajet ou de repas lorsque le travailleur se rend au bureau. Cette règle ne s'appliquera pas au télétravailleur à domicile, car son do-

¹⁴⁹ BRUNOLD, n. 15 et 18

¹⁵⁰ Interprétation possible selon STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 2 ad art. 327a CO; BIRKHÄUSER/HADORN, 202

¹⁵¹ Dans ce sens s'agissant du loyer, PULVER, 31; BEYELER, 5; CARRUZZO, n. 1 ad art. 327a CO.

¹⁵² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 2 ad art. 327a CO, concernant le partage des frais d'un abonnement général acheté à titre privé par le travailleur mais utilisé pour des déplacements professionnels. BIRKHÄUSER/HADORN, 202 et FANTI, 177 envisagent aussi une prise en charge partielle des frais d'abonnement téléphonique lorsque le travailleur utilise son appareil privé.

¹⁵³ BRUNOLD, n. 35; DOMENIG, n. 750.

micile lui tient lieu de lieu de travail¹⁵⁴. Le télétravailleur mobile, qui se déplace chez des clients, sera par contre remboursé.

7.6.4 Points qui posent problème en rapport avec les frais

7.6.4.1 Introduction

Nous tentons ici de dégager les points qui présentent des risques juridiques au vu des règles applicables actuellement et de donner des pistes de réflexion. Ces réflexions sont une base de discussion et permettront de tirer des conclusions. Les conclusions générales font l'objet de la synthèse (ch. 10) et de la conclusion (ch. 11).

7.6.4.2 Accord entre l'employeur et le travailleur sur le télétravail

L'art. 327a CO pose la règle de base: seuls les frais nécessaires à l'exécution du travail sont remboursables. Or l'accord de l'employeur est en général nécessaire pour que l'exécution se fasse sous la forme de télétravail ou plus généralement de travail à distance. Ainsi il s'agira d'un préalable à la reconnaissance de la nécessité des frais. Si un travailleur prend sur lui d'acheter un ordinateur portable pour travailler à la maison sans l'accord de l'employeur, il ne pourra exiger le remboursement de cet achat. A l'opposé, l'employeur peut voir des frais mis à sa charge en raison d'un accord de travailler à distance donné tacitement.

Les conséquences de l'accord sur la charge des frais parlent en faveur d'une règle claire et prévisible sur ce point. D'une part, le travailleur qui part d'une bonne intention et prend une initiative qui va dans le sens d'une exécution plus efficace de ses tâches ne verrait pas ses frais remboursés. Une règle qui lui en fixe clairement les conditions est donc indiquée. D'autre part, l'employeur qui tolère la pratique du télétravail, du moins occasionnel ou limité à certaines activités comme l'échange de courriels, pourrait se voir opposer un accord tacite dont il n'était pas conscient.

7.6.4.3 Report des frais sur le télétravailleur: règle de la LTrD pour le télétravail?

L'art. 5, al. 1, LTrD ne s'applique pas au télétravail. Toutefois, cette disposition pourrait être considérée comme appropriée pour le télétravail, si la protection accordée par cette norme dans le contexte du travail à domicile artisanal ou industriel est également nécessaire en matière de télétravail.

Il apparaît d'une part que la règle différente de l'art. 5, al. 1, LTrD est explicable. Tout d'abord, la restriction de la LTrD aux travaux artisanaux et industriels découle d'un choix délibéré du législateur. Lors de la révision de la LTrD qui a abouti à l'adoption de la loi de 1981, le point de vue selon lequel seuls les travailleurs artisanaux ou industriels nécessitent un besoin accru de protection s'est imposé. Une partie des contrats de travail à domicile au sens des art. 351 à 355 CO ne bénéficie par conséquent pas de cette protection et est soumise aux règles générales des art. 327 et 327a CO. Le travail à domicile au sens traditionnel est donc seul visé par la LTrD, qui a de plus été adoptée à une époque où le télétravail n'existait pas encore dans sa forme moderne. Le matériel en question est aussi différent puisque les instruments du travailleur à domicile seront souvent des outils alors que ceux du télétravailleur sont des moyens de télécommunication qui peuvent être ceux dont il dispose déjà pour son usage privé. Le télétravail porte en outre sur des travaux qui peuvent égale-

¹⁵⁴ PULVER, 31

ment être effectués par le travailleur dans l'entreprise. Le télétravailleur disposera souvent d'un bureau équipé dans les locaux de l'entreprise.

Malgré ces différences, la similitude entre les deux situations peut amener à envisager une telle règle pour le télétravail. Cela aurait pour avantage d'avoir une règle unique pour le travail à domicile (selon la LTrD et le CO) et le télétravail. Cela serait d'autant plus à envisager que le report des frais sur le travailleur pour les instruments et le matériel, tel que prévu à l'art. 327, al. 2, CO, est controversé en lien avec la règle de l'art. 327a, al. 1, CO.

7.6.4.4 Frais «imposés» par l'exécution du travail

L'étendue des frais qui doivent être remboursés selon l'art. 327a, al. 1, CO peut donner lieu à diverses interprétations. Selon l'interprétation retenue, le travailleur qui veut faire du télétravail devra le faire à ses frais, si son employeur lui garantit un poste de travail dans ses locaux. La doctrine qui s'est exprimée sur le sujet ne se contente en effet pas de l'accord entre les parties pour exécuter la prestation de travail sous forme de télétravail. Elle limite la prise en charge des frais par l'employeur aux cas où le télétravail est effectué dans son intérêt. Le télétravail qui sert les intérêts du télétravailleur serait donc pour lui une option qu'il doit lui-même financer. Cette approche, si elle vient à s'imposer, pose plusieurs questions. Il s'agira tout d'abord de déterminer de cas en cas si le télétravail sert plutôt les intérêts du travailleur ou plutôt ceux de l'employeur. Cette approche présuppose aussi que la conciliation entre travail et famille par exemple ne sert que les intérêts du travailleur. Des intérêts moins directs de l'employeur comme la fidélisation de ses collaborateurs, l'augmentation de leur motivation ou offrir des conditions de travail attractives ne sont pas pris en compte. Cette approche intègre enfin uniquement les intérêts du travailleur et de l'employeur, ce qui est logique vu que la norme à interpréter règle une question contractuelle. Toutefois, un éventuel intérêt général au développement du télétravail, indépendant des intérêts des parties, ne peut être pris en compte.

Ensuite, indépendamment de l'interprétation qui devrait être retenue, la règle de l'art. 327a CO a été adoptée à une époque où l'existence de deux lieux de travail ordinaires n'était pas courante. Le télétravail crée donc une situation nouvelle. L'adéquation des règles en vigueur mérite donc d'être interrogée de ce point de vue.

7.6.4.5 Usage mixte: règle de l'art. 327b CO?

L'art. 327a, al. 1, CO pourrait avoir pour conséquence d'exclure l'indemnisation du travailleur qui utilise ses locaux ou ses biens privés à des fins professionnelles. Il est vrai d'une part que le travailleur n'a pas de dépenses supplémentaires du fait de l'usage professionnel. Il doit de toute manière payer son loyer, ses meubles ont été acquis indépendamment de son activité professionnelle, comme son smartphone ou son ordinateurs privés. D'autre part toutefois, ces biens sont utilisés et usés pour les besoins professionnels, ce qui peut justifier une participation aux frais par l'employeur, comme l'art. 327b CO le prévoit en cas d'utilisation d'un véhicule privé pour l'exécution du travail.

7.7 Protection de la personnalité et protection des données

7.7.1 Généralités

L'art. 328 CO traite spécialement de la protection de la personnalité du travailleur. Cette norme, qui couvre tous les aspects de la personnalité, est concrétisée par l'art. 328b CO pour ce qui est de la protection des données. Cette disposition autorise l'employeur à traiter

des données de deux types: celles qui portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi et celles nécessaires à l'exécution du contrat. L'art. 328b CO renvoie en outre à la loi sur la protection des données (LPD)¹⁵⁵. L'employeur doit donc également respecter les principes et règles posés dans la LPD, notamment la proportionnalité et la bonne foi (art. 4, al. 2, LPD), l'exactitude et la sécurité des données (art. 5 et 7 LPD). L'art. 328 comme l'art. 328b CO sont de droit relativement impératif (art. 362 CO). Le travailleur ne peut consentir à des règles qui lui sont moins favorables comme le droit, pour l'employeur, d'accéder à des données ou de contrôler une correspondance privée. Selon les art. 12, al. 1 et 13, al. 1, LPD, un traitement de données qui porte atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifié par la loi, par un intérêt public ou privé prépondérant ou par le consentement de la victime.

La coordination entre l'art. 328b CO, règle de droit relativement impératif, et les motifs justificatifs prévus à l'art. 13 LPD est délicate et donne lieu à controverse. Une partie de la doctrine estime que l'art. 328b CO restreint les possibilités prévues dans la LPD et ne permet pas à l'employeur de faire des traitements de données qui ne sont pas liés à l'aptitude du travailleur ou à l'exécution du contrat de travail¹⁵⁶. Une autre partie de la doctrine considère que l'art. 328b CO concrétise le principe de proportionnalité et le traitement conforme au but indiqué (art. 4, al. 2 et 3, LPD) sans restreindre les traitements autorisés à ces deux seuls buts. Les buts définis à l'art. 328b CO n'auraient pour effet que de présumer la licéité d'un traitement qui s'y conforme¹⁵⁷, ce qui signifie par voie de conséquence que des traitements poursuivant d'autres buts sont présumés illicites. Une dernière partie est d'avis que l'art. 328b CO n'a aucune portée propre¹⁵⁸. Une conséquence pratique importante de cette controverse réside dans l'admissibilité des faits justificatifs prévus à l'art. 13 LPD, en particulier le consentement du travailleur. D'après la première opinion, un traitement de données qui poursuit d'autres finalités que celles mentionnées à l'art. 328b CO ne peut être justifié, à moins que ce traitement ne soit dans l'intérêt du travailleur. D'après les autres avis, d'autres intérêts prépondérants, privés ou publics, peuvent entrer en ligne de compte pour justifier un traitement de données par l'employeur qui poursuit d'autres finalités¹⁵⁹. Toutefois, indépendamment de ces positions, le plus grand nombre exclut la possibilité pour le travailleur de consentir à une atteinte qui n'entre pas dans le cadre posé à l'art. 328b CO, prenant en compte de la sorte son caractère impératif¹⁶⁰. D'autres admettent que le travailleur consente à une atteinte mais uniquement en cas de traitement à effectuer dans un cas concret et non de manière globale et par avance, dans le contrat de travail par exemple¹⁶¹. L'admission, de manière indifférenciée, du consentement comme fait justificatif est rarement défendue¹⁶².

Ces règles sont de nature générale. Cette structure légale permet donc une concrétisation qui prend en compte les spécificités du télétravail. Nous allons aborder les problèmes de protection des données qui se posent pour le télétravail.

¹⁵⁵ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1

¹⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, n. 2 ad art. 328b CO; BRUNNER/WAEBER/BÜHLER/BRUCHEZ, n. 1 ad art. 328b CO; PFPDT (traitement des données), 6; CR-Aubert, n. 1 ad art. 328 CO; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, n. 7 et 26 ad art. 328b CO; PÄRLI (Datenschutz), n. 5 ad art. 328b CO.

¹⁵⁷ MEIER, P., 2037, DUNAND, n. 4 et 26 ad art. 328b; PAPA/PIETRUSZAK, 579-580; SUBILIA/DUC, n. 10 et 20 ad art. 328b CO.

¹⁵⁸ BELSER, 65; PETER, 200

¹⁵⁹ SUBILIA/DUC, n. 20 ss ad art. 328b CO; PAPA/PIETRUSZAK, 580

¹⁶⁰ Auteurs cités à la note 156 et: BK-REHBINDER/STÖCKLI, n. 12 ad art. 328b CO; DUNAND, n. 32 ad art. 328b CO; FANTI, 189; BIRKHÄUSER/HADORN, 203-204

¹⁶¹ ZK-STAEHELIN, n. 9 ad art. 328b CO; MEIER, P., n. 2040; PAPA/PIETRUSZAK, 580

¹⁶² Peut-être, RIESELMANN-SAXER, 42, sans que cela ne soit explicite.

7.7.2 Surveillance du télétravailleur

L'art. 26, al. 1, OLT 3 interdit les systèmes de contrôle ou de surveillance qui ont essentiellement pour but de surveiller le comportement des travailleurs. La surveillance dans d'autres buts comme la sécurité ou le contrôle du rendement ou de la qualité des prestations est admise, même si elle a pour effet de permettre un contrôle du comportement et que, par ailleurs, la distinction entre contrôle du comportement et du rendement est souvent difficile à faire¹⁶³. Dans tout les cas, la surveillance doit être proportionnée et les travailleurs doivent être préalablement informés¹⁶⁴. Ils seront également consultés, s'agissant ici de protection de la santé (art. 48, al. 1, let. a, LTr). En cas de surveillance informatique, le Tribunal fédéral a jugé qu'installer un logiciel espion à l'insu du travailleur pour vérifier si internet est utilisé à des fins privées était illicite¹⁶⁵. Dans ce cas précis, le système avait une portée telle qu'il était propre à instaurer un contrôle du comportement qui est interdit et conduisait à une surveillance qui, de toute manière, était disproportionnée¹⁶⁶. L'accès aux contenus des pages internet visitées et des courriels, sans différencier les contenus à caractère privé, a notamment été pris en compte pour conclure à une surveillance du comportement. De même, la possibilité de prendre des mesures moins incisives a déterminé le caractère disproportionné de la surveillance. L'employeur avait la possibilité d'adopter des mesures techniques pour bloquer les sites ou les fichiers illicites ou étrangers à l'activité professionnelle. Et si ces mesures ne suffisent pas, l'employeur peut détecter les abus en consultant les données journalisées qui contiennent uniquement des données secondaires sur l'activité déployée sans révéler les contenus des sites ou des courriels¹⁶⁷. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence précise en outre que les données secondaires peuvent aussi d'abord être consultées sous une forme anonymisée, qui permet de savoir si des abus ont été commis. Ce n'est qu'en cas de soupçon concret d'abus qu'une analyse qui permet de rapporter les données secondaires aux personnes sera admise¹⁶⁸.

Ces règles sont à respecter pour tous les travailleurs. Le télétravail ne présente ici pas de différence fondamentale par rapport à un poste de travail dans l'entreprise. L'intérêt de l'employeur au contrôle des activités sur le réseau pourrait être plus grand, vu l'absence de contrôle physique. Le système de contrôle devra toutefois être soigneusement conçu, car un télétravailleur aura tendance à travailler en permanence sur son ordinateur et fera un usage plus intensif de son courriel et de son téléphone. Une surveillance pourrait donc plus rapidement prendre un caractère complet et permanent. Des mesures techniques de blocage et des instructions précises sur les limites d'utilisation, inscrites le cas échéant dans un règlement d'utilisation, seront aussi un élément déterminant pour juger de la proportionnalité des atteintes. Les communications privées, si elles sont autorisées, devront également être bien identifiées.

7.7.3 Sécurité des données

L'employeur a l'obligation d'assurer la sécurité des données qu'il traite. L'art. 7 LPD requiert que des mesures organisationnelles et techniques appropriées soient prises pour protéger les données personnelles contre tout traitement non autorisé. Cette obligation est précisée aux art. 8 à 12 OLPD. L'art. 8, al. 1, OLPD prévoit par exemple que ce sont la confidentialité, la disponibilité et l'intégralité des données qui doivent être assurées et énumère certains

¹⁶³ SECO, Commentaire OLT 3 - OLT 4, 326-1

¹⁶⁴ ATF 130 II 425, cons. 4.2 et 4.4; arrêt du Tribunal fédéral 6B_536/2009 du 12 novembre 2009, cons. 3.6.2

¹⁶⁵ ATF 139 II 7, cons. 5.5

¹⁶⁶ ATF 139 II 7, cons. 5.5.3 et 5.5.4

¹⁶⁷ PFPDT, Surveillance, 4

¹⁶⁸ PFPDT, Surveillance, 10

risques qui doivent être évités (notamment, perte ou destruction des données, falsification, vol ou utilisation illicite). L'art. 9, al. 1, OLPD énumère une série de contrôles à mettre en place en lien avec l'accès aux données ou aux opérations effectuées. Le Préposé fédéral a publié un guide détaillé sur les mesures techniques et organisationnelles à prendre selon ces dispositions.

La particularité du télétravail réside dans le fait que le poste de travail (informatique) et les données professionnelles se trouvent hors de l'entreprise. Des tiers extérieurs à l'entreprise pourraient donc d'une part y accéder. D'autre part, une connexion à distance au système interne de l'entreprise doit être assurée. Ces particularités rendent d'autant plus nécessaire une réglementation des cas où l'accès à distance est autorisé¹⁶⁹. Elles impliquent aussi des mesures de sécurité particulières comme des normes d'authentification plus strictes et la sécurisation des communications et de l'accès à distance¹⁷⁰. L'employeur devra également instruire le travailleur sur les risques accrus découlant du télétravail et sur le comportement à adopter pour y remédier. Ces mesures peuvent être tirées des règles générales en vigueur et ne nécessitent pas de règles légales spéciales.

7.7.4 Utilisation d'appareils privés

L'utilisation d'appareils privés (voir ch. 7.6.1, ci-dessus) pour exécuter la prestation de travail ramène au problème de l'effacement de la frontière entre vie privée et vie professionnelle. La présence de données privées sur ces appareils rend la surveillance et la mise en place de mesures techniques plus difficiles pour l'employeur, vu le risque d'enfreindre les obligations découlant de la protection des données. Tout d'abord, les appareils appartiennent au travailleur qui devra autoriser l'employeur à y accéder pour installer des applications de gestion des données par exemple. Toute forme de contrôle et d'accès aux données professionnelles situées sur ces appareils devra aussi se faire en préservant les données privées du travailleur. Pourtant, des mesures de sécurisation seront d'autant plus nécessaires, vu que l'environnement informatique sur ces appareils ne sera en général pas sûr et qui plus est différent d'un appareil à l'autre. Des règles et des limites claires pour l'utilisation à des fins professionnelles auront une importance accrue dans ces situations.

Plusieurs situations concrètes sont ainsi discutées et la tendance est de relever les risques d'atteinte à la personnalité du travailleur et le cadre strict d'intervention pour l'employeur. Ainsi, la possibilité de fouiller un appareil privé nécessite dans tous les cas l'accord du travailleur et elle ne serait admise qu'en cas d'abus grave qui fonderait un intérêt prépondérant de l'employeur¹⁷¹. La surveillance des activités sur l'appareil, fonction couramment intégrée aux logiciels de gestion de données sur des appareils privés¹⁷², est également vue comme risquée du point de vue de la protection du travailleur. Sont ainsi relevées l'illicéité de certaines fonctions de surveillance présentes dans les produits disponibles sur le marché, l'atteinte aux droits du travailleur ou l'illicéité de l'accès aux contenus des courriels ou des conversations¹⁷³. Enfin, l'effacement des données présentes sur les appareils privés, techniquement possible et parfois indiquée, comme lorsque les rapports de travail se terminent ou que l'appareil est perdu ou volé, se heurte également à des limites légales lorsque les données privées et professionnelles sont mélangées. Outre l'exigence d'un intérêt prépondérant à effacer les données, l'employeur doit éviter de porter atteinte aux données privées du travailleur, d'autant plus qu'une telle atteinte peut être sanctionnée pénalement en vertu de l'art.

¹⁶⁹ PFPDT, Sécurité, 12-13

¹⁷⁰ PFPDT, Sécurité, 13 et 23

¹⁷¹ BIRKHAUSER/HADORN, 205

¹⁷² FANTI, 190-192

¹⁷³ Respectivement: FANTI, 192; REUTTER/KLAUS, 165; METILLE, 118-119

144^{bis} CP, qui punit «celui qui, sans droit, aura modifié, effacé, ou mis hors d'usage des données enregistrées ou transmises électroniquement ou selon un mode similaire». Ces problèmes peuvent toutefois être contenus, d'une part en réglant à l'avance les conditions et les modalités de l'effacement et, d'autre part, en adoptant des solutions techniques permettant de séparer les données professionnelles et privées ou de faire des copies de sauvegarde des données privées. Les problèmes existent donc et ne peuvent être totalement écartés, mais il est possible de les atténuer dans une large mesure. A noter enfin que la controverse relevée plus haut sur la portée de l'art. 328b CO (voir ch. 7.7.1) pourra avoir ici des conséquences pratiques. En effet, si l'on estime que seules les finalités de traitement prévues à l'art. 328b CO sont licites, tout traitement de données purement privées ne pourra être justifié (notamment par le consentement) à moins d'y voir un intérêt pour le travailleur.

7.8 Obligation de confidentialité, de discrétion et secret commercial

Le travailleur est soumis à une obligation de fidélité (art. 321a CO). De cette obligation découle l'obligation de confidentialité, ou de discrétion, qui est réglée explicitement à l'art. 321a, al. 4, CO. Ainsi, selon cette disposition, le travailleur ne doit pas révéler des faits destinés à rester confidentiels, tels que les secrets de fabrication ou d'affaires.

Les secrets commerciaux sont également protégés pénalement. L'art. 162 CP réprime ainsi la révélation d'un secret de fabrication ou d'un secret commercial qui doit être gardé en vertu d'une obligation légale ou contractuelle.

Ces dispositions s'appliquent au télétravailleur de la même manière qu'à tout autre travailleur. Le télétravailleur aura certainement, du fait de sa situation particulière, à respecter des règles de comportement spécifiques. Par exemple, il devra veiller à préserver des documents ou des données professionnels chez lui ou en tout autre lieu de l'accès de tiers non autorisés. Les risques sont, du fait de l'exécution du travail hors des locaux de l'employeur, accrus par rapport à un travailleur qui accomplit son travail au bureau. Mais comme l'obligation de fidélité et de discrétion, de même que la protection pénale du secret commercial, sont réglées de manière générale et doivent être concrétisées, les règles spécifiques au télétravail peuvent être dégagées des normes existantes.

7.9 Responsabilité de l'employeur, responsabilité du travailleur

7.9.1 Responsabilité de l'employeur

L'employeur peut engager sa responsabilité envers le travailleur ou envers des tiers.

Si l'employeur ne respecte pas les obligations qu'il a envers le travailleur, comme la protection de la santé, la protection de la personnalité ou la protection des données, il pourra être sanctionné sur le plan administratif ou pénal en cas d'infraction aux dispositions de la LTr, de la LPD ou du code pénal. L'art. 59 LTr prévoit des sanctions pénales en cas d'infraction aux prescriptions sur la protection de la santé ou la durée de travail ou de repos (al. 1, let. a et b). L'art. 34, al. 1, LPD sanctionne de même pénalement des infractions à l'exercice du droit d'accès ou du devoir d'informer prévu à l'art. 14 LPD.

Sur le plan civil, l'employeur pourra engager sa responsabilité contractuelle et devoir réparer le dommage subi par le travailleur (art. 97 CO), notamment indemniser le tort moral en cas d'atteinte à la personnalité, si la gravité de l'atteinte le justifie (art. 49 CO). Le travailleur dispose aussi, en cas d'atteinte à sa personnalité, des remèdes généraux prévus à l'art. 28a CC. Il pourra également invoquer la responsabilité délictuelle de l'employeur lorsque l'atteinte constitue un acte illicite (art. 41ss CO). L'employeur répond des actes de ses organes

(art. 55, al 2, CC). Il répond également des actes de ses auxiliaires en vertu de l'art. 101 CO ou, en matière délictuelle, sur la base de l'art. 55 CO. L'art. 101, al. 3, CO vise les rapports de travail et n'autorise dans ces cas les exonérations conventionnelles de responsabilité que pour faute légère.

L'employeur répond également de dommages causés aux tiers, sur la base de sa responsabilité délictuelle ou contractuelle si un rapport contractuel existe. Un exemple pratique pertinent dans le contexte du télétravail constitue la perte ou le vol de données de clients ou de partenaires commerciaux. La responsabilité dépendra notamment du respect des obligations découlant de la LPD. L'employeur pourra dans ce cas exclure la responsabilité du fait de ses auxiliaires (art. 101, al. 2, CO). Il pourra également apporter la preuve libératoire prévue à l'art. 55 CO, consistant à démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise dans le choix, l'instruction et la surveillance de ses collaborateurs, ce à quoi s'ajoute une organisation rationnelle de l'entreprise¹⁷⁴. Dans le contexte du télétravail, les mesures organisationnelles suffisantes de sécurité et l'instruction du télétravailleur sur ces mesures de sécurité et sur le comportement à adopter pour protéger les données seront en particulier pertinentes. La diligence dans la surveillance pourra être adaptée à la situation du télétravail, mais ne pourra être exclue au motif que le télétravailleur ne se trouve pas dans les locaux de l'organisation.

7.9.2 Responsabilité du travailleur

L'art. 321e CO règle la responsabilité du travailleur. Celui-ci répond du dommage causé à l'employeur intentionnellement ou par négligence (al. 1). L'al. 2 détermine la mesure de la diligence incombant au travailleur. Elle dépend du contrat mais varie selon le risque professionnel, les instructions et connaissances nécessaires à l'accomplissement du travail, des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître. Cette disposition est de droit relativement impératif (art. 362, al. 1, CO), si bien que la responsabilité du travailleur ne peut être aggravée dans le contrat de travail. Il faut aussi relever que d'autres facteurs que ceux cités à l'al. 2 interviennent dans la détermination de la responsabilité et de l'indemnité, comme le degré de la faute du travailleur, une faute concomitante de l'employeur ou le niveau de revenu du travailleur, les tribunaux disposant d'un large pouvoir dans l'appréciation de la responsabilité et de l'indemnisation¹⁷⁵. Ces règles sont plus favorables que les règles générales de réduction de l'art. 43 et 44 CO.

En rapport avec le télétravail, ce sont particulièrement la perte ou l'endommagement du matériel informatique qui pourront mettre en jeu la responsabilité du travailleur. Ce seront aussi la perte ou le vol de données de l'entreprise. La règle générale de l'art. 321e CO s'appliquera ici de la même manière qu'à des personnes travaillant dans les locaux de l'organisation. Le risque inhérent aux données informatiques pourra être un facteur pertinent, la sécurité absolue n'existant pas. Les instructions et les règles posées par l'employeur auront aussi une importance particulière. Si le travailleur utilise ses appareils privés, la pratique relative à l'utilisation d'un véhicule privé pourrait servir d'analogie. Le risque d'accident est dans ce cas à charge de l'employeur, qu'il s'agisse d'un véhicule de fonction ou de celui du travailleur, le cas échéant dans la mesure de l'utilisation à titre professionnel¹⁷⁶. Une faute éventuelle du travailleur ayant pour effet d'engager sa responsabilité pour les dommages occasionnés est bien entendu réservée.

¹⁷⁴ ATF 110 II 456

¹⁷⁵ ATF 110 II 344, cons. 6 b et c

¹⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.24/2005, du 17 octobre 2005, cons. 6.1

7.9.3 Assurances responsabilité civile de l'employeur et du travailleur

7.9.3.1 Concours entre assurances

Le postulat traité par le présent rapport mentionne les situations dans lesquelles l'employeur et le travailleur doivent déterminer l'assurance responsabilité civile qui couvrira le dommage causé. Ce concours suppose qu'un tiers a subi un dommage et que tant la responsabilité de l'employeur que celle du travailleur vis-à-vis du tiers entrent en ligne de compte.

En matière d'assurance, il est admis que l'art. 72, al. 1, LCA, qui prévoit la subrogation de l'assurance de dommages qui a versé sa prestation à la personne lésée, s'applique par analogie à l'assurance de responsabilité civile, sans toutefois limiter le recours de l'assurance aux seuls coresponsables du fait d'un acte illicite fautif¹⁷⁷. Ainsi, si l'assurance de l'employeur paie l'indemnité due par lui, elle pourra exercer le recours contre le travailleur, si celui-ci est également responsable vis-à-vis du tiers. Il en ira de même si l'assurance responsabilité civile du travailleur dédommage le tiers. Celle-ci exclut toutefois les dommages causés dans l'exercice d'une activité dépendante (voir ci-dessous ch. 7.9.3.2).

7.9.3.2 Couverture du télétravail par les assurances responsabilité civile

Nous avons exposé la responsabilité du travailleur et de l'employeur ci-dessus aux ch. 7.9.1 et 7.9.2. L'on peut se demander si les assurances responsabilité civile contractées par l'employeur ou le travailleur permettent de couvrir le dommage causé à l'autre partie ou à des tiers. Nous nous limiterons à de brèves remarques.

Une assurance couvrant la responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis de tiers pourrait par exemple se limiter aux dommages causés dans les locaux de l'entreprise. C'est par exemple le cas des conditions modèles publiées par l'Association suisse d'assurance¹⁷⁸. L'art. 1, let. a, qui définit l'objet de l'assurance, stipule ainsi que la couverture d'assurance englobe « le risque exploitation, c'est-à-dire des dommages résultant de l'activité de l'entreprise ou de processus de travail se déroulant dans l'enceinte de l'entreprise ou sur des lieux de travail à l'extérieur. » Qu'en est-il alors de dommages qui sont occasionnés alors qu'un travailleur accédait à la base de données de l'entreprise d'un autre lieu?

Le travailleur quand à lui disposera très souvent d'une assurance responsabilité civile privée. Cette assurance exclut de manière générale le dommage causé par la personne assurée dans l'exercice d'une activité dépendante.

7.10 Rapports collectifs de travail

Les rapports collectifs de travail se fondent sur les organes représentant le personnel dans l'entreprise d'une part et sur l'activité syndicale et le partenariat social d'autre part. La loi sur la participation¹⁷⁹ a donné un cadre légal à la participation des travailleurs dans l'entreprise. L'action des syndicats est quand à elle garantie en premier lieu par la liberté syndicale (art. 28 Cst.).

Le télétravail a une incidence sur l'exercice des droits collectifs des travailleurs, car cet exercice s'effectue en principe dans les locaux de l'entreprise. Les télétravailleurs doivent donc pouvoir exercer leurs droits de la même manière malgré leur éloignement total ou partiel des locaux de l'employeur. Inversement, les représentants des travailleurs, qu'il s'agisse de la

¹⁷⁷ CR-WERRO, n. 44 ad art. 51 CO

¹⁷⁸ Voir sous <http://www.svv.ch/fr/politik-und-recht/musterbedingungen/conditions-modeles-pour-l-assurance-responsabilite-civile> (consulté le 15.7.2016).

¹⁷⁹ Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises, RS 822.14

commission du personnel ou de délégués syndicaux, doivent pouvoir avoir le contact avec les télétravailleurs de la même manière qu'avec les travailleurs actifs dans les locaux de l'employeur¹⁸⁰. Ce point ne fait actuellement pas l'objet de règles spécifiques. Si deux règlements cantonaux traitent du problème de l'isolation sociale du télétravailleur (GE, VS), ils n'abordent pas la question de l'exercice des droits collectifs. Les conventions collectives n'ont-elles pas réglé cette question¹⁸¹.

Le télétravail pourra avoir une incidence sur la question de l'envoi de messages électroniques ou de l'affichage sur l'intranet de l'entreprise par les représentants des travailleurs. Ainsi, l'art. 11, al. 2 de la loi sur la participation prévoit que l'employeur met à disposition de la représentation des travailleurs «les locaux, les moyens matériels et les services administratifs nécessaires». La nécessité se jugera entre autres à l'existence du télétravail dans l'entreprise¹⁸². S'agissant de l'activité syndicale des travailleurs, la possibilité d'informer l'ensemble des travailleurs sur le rôle et l'organisation des syndicats et le renforcement de l'organisation syndicale sur le lieu de travail font partie de l'activité syndicale protégée à l'art. 336, al. 2, let. a, CO¹⁸³. Cette disposition requiert toutefois que l'activité syndicale soit exercée conformément au droit, c'est-à-dire à la loi et au contrat¹⁸⁴. L'activité syndicale dans l'entreprise ne peut être totalement interdite mais peut être limitée pour des motifs justifiés comme assurer la bonne marche du service ou les rapports avec la clientèle¹⁸⁵. Il en résulte que l'utilisation de la messagerie électronique par les travailleurs à des fins syndicales est protégée par l'art. 336, al. 2, let. a, CO et aux conditions de cette disposition. Il se peut que l'employeur interdise dans un règlement l'utilisation de la messagerie électronique à des fins d'action syndicale. Cette interdiction devra se fonder sur un motif justifié et ne devra pas entraver toute action syndicale dans l'entreprise¹⁸⁶.

L'envoi de messages électroniques par des syndicalistes extérieurs à l'entreprise relève de la problématique du droit d'accès¹⁸⁷. Le Tribunal fédéral a jugé qu'un tel procédé porte une atteinte moins grande aux intérêts de l'employeur qu'un accès physique¹⁸⁸. L'admission de tels envois se juge notamment en fonction de leur intérêt et de leur nécessité pour l'exercice de l'activité syndicale, en comparaison par exemple avec la possibilité de contacter physiquement des travailleurs d'une entreprise ou de les atteindre à leurs adresses postale ou électronique privée. La pesée des intérêts est appréciée de manière divergente. Un avis critique la décision du Tribunal fédéral en rapport avec le droit d'accès et n'exclut pas suivant le cas d'espèce que la liberté syndicale ne justifie même l'accès physique à l'entreprise en regard de l'art. 186 CP (violation de domicile), alors qu'un autre avis souligne les autres possibilités à disposition comme le contact par le biais des coordonnées privées et n'admet l'utilisation de la messagerie électronique que de manière restrictive¹⁸⁹. La présence de télétravailleurs dans l'entreprise constitue un élément qui sera pris en compte dans la pesée des intérêts et rend le contact par voie électronique d'autant plus nécessaire que le contact direct sera difficile, tous les employés ne se trouvant pas dans les locaux de l'entreprise.

¹⁸⁰ En lien avec le droit d'accès des syndicats, voir PÄRLI, 1455

¹⁸¹ PÄRLI, 1462

¹⁸² Voir ORDOLLI, 308-309, 323 et 376

¹⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral du 9 janvier 1995, JAR 1996,198, cons. 5a, aa.

¹⁸⁴ Arrêt de la Chambre d'appel des prud'hommes du canton de Genève, du 18 avril 2002, JAR 2003, 281, ch. 25

¹⁸⁵ *Ibid.*, ch. 30 à 32

¹⁸⁶ Voir ORDOLLI, Utilisation, 221

¹⁸⁷ Voir sur le droit d'accès, l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_758/2011, du 24 septembre 2012, cons. 1.3

¹⁸⁸ *Ibid.*, cons. 2

¹⁸⁹ Respectivement, NIGGLI, 1470-1471 et ORDOLLI, Utilisation, 221-222; voir aussi, ANDERMATT, ch. 38, qui reconnaît le droit d'accès s'il ne perturbe pas le bon fonctionnement de l'entreprise et la paix au travail.

7.11 Assurances sociales

7.11.1 Assujettissement

Le télétravail n'aura pas d'influence sur l'assujettissement aux assurances sociales. Selon l'art. 1a, al. 1, LAVS¹⁹⁰, les personnes domiciliées en Suisse ou qui y exercent une activité lucrative sont assurées obligatoirement à l'AVS (let. a et b). L'assujettissement à l'AVS détermine l'obligation de cotiser à l'assurance-invalidité (art. 2 LAI¹⁹¹), l'assurance perte de gain (art. 27 LAPG¹⁹²) et à l'assurance-chômage (art. 2, al. 1, LACI¹⁹³). La loi sur l'assurance-accidents¹⁹⁴ s'applique quant à elle aux travailleurs occupés en Suisse, y compris les travailleurs à domicile (art. 1a, al. 1, LAA). La prévoyance professionnelle, l'assurance-chômage et l'assurance-accidents se réfèrent à la LAVS pour la définition du travailleur ou de l'activité salariée (art. 5 en lien avec les art. 2, al. 1 et 4, al. 1, LPP¹⁹⁵, art. 2, al. 1, let. a, LACI, art. 1 OLAA¹⁹⁶). L'assurance-chômage s'applique également aux travailleurs à domicile au sens des art. 351 ss CO (art. 8, al. 2, et 18 b, LACI, art. 3 OACI).

7.11.2 Activité dépendante ou indépendante

Le télétravail pourrait affecter les assurances sociales s'il a une influence sur la qualification d'activité dépendante. En effet, les cotisations et la couverture pour l'AVS et l'AI sont différentes suivant que la personne exerce une activité dépendante ou indépendante. Et l'assurance-chômage et l'assurance-accidents ne s'appliquent qu'aux travailleurs et non aux indépendants. Toutefois, comme nous allons le voir, le télétravail ne va en principe pas toucher la délimitation entre activité dépendante et indépendante.

En droit des contrats, le fait d'accomplir la prestation hors des locaux de l'entreprise n'influence pas de manière déterminante la qualification de contrat de travail (voir ch. 6.1.2). Toutefois, la notion d'activité dépendante au sens de l'art. 5 AVS n'est pas identique à celle de rapport contractuel de travail, les éléments pertinents en droit des contrats ne servant tout au plus que de points de repère pour les assurances sociales¹⁹⁷. L'activité dépendante se fonde sur la réalité économique et se rapporte d'une part à la dépendance économique et organisationnelle vis-à-vis du créancier de la prestation de travail et d'autre part à la prise en charge du risque de l'entreprise¹⁹⁸. La jurisprudence n'effectue pas de classification schématique des activités dépendantes ou indépendantes mais préconise une décision au cas par cas au vu de toutes les circonstances du cas d'espèce. Ainsi, en rapport avec le télétravail, l'exercice de l'activité dans ses propres locaux constitue selon la jurisprudence un critère qui peut caractériser une activité indépendante. Toutefois, ce critère à lui seul ne saurait être déterminant. En effet, au vu de la méthode appliquée par la jurisprudence, qui consiste à prendre en compte l'ensemble des circonstances du cas concret, d'autres éléments devront s'ajouter à celui-ci pour que l'activité soit considérée comme indépendante. Le Tribunal fédéral a de plus explicitement précisé que tant la liberté dans l'organisation du temps de travail que l'utilisation des propres locaux ne peuvent amener à conclure à une indépendance du point de vue organisationnel¹⁹⁹. Ainsi, dans le cas de mandats donnés à un informaticien, le

¹⁹⁰ Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10

¹⁹¹ Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20

¹⁹² Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service ou de maternité, RS 834.1

¹⁹³ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage), RS 837.0

¹⁹⁴ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA), RS 832.20

¹⁹⁵ Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, RS 831.40

¹⁹⁶ Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents, RS 832.202

¹⁹⁷ ATF 122 V 281, cons. 2a; 123 V 161, cons. 1

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_1029/2012, du 27 mars 2013, cons. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 9C_132/2011, du 26 avril 2011, cons. 4.2.

Tribunal fédéral a retenu que le salaire horaire, l'exécution partielle dans les locaux de l'employeur, la participation régulière à des séances fixées par l'employeur et l'exécution personnelle du travail amènent à conclure à une dépendance organisationnelle malgré la liberté de définir les horaires de travail et l'exécution partielle de la prestation dans les locaux personnels²⁰⁰. Il a conclu à l'existence d'une activité dépendante en tenant compte au surplus de l'exercice de l'activité presque exclusivement pour un seul partenaire contractuel. Le critère de la dépendance économique pourra déterminer l'existence d'une activité dépendante si des mandats sont régulièrement accomplis pour un même mandataire, de sorte à ce que la perte de ces mandats a les mêmes effets que la perte d'un emploi pour un salarié et ce, même si une grande liberté est laissée dans le choix du lieu et des horaires de travail²⁰¹.

Par ailleurs, même si le télétravailleur prend en charge certains frais, il ne sera pas reconnu comme assumant le risque économique de l'entreprise. Ce critère requiert en effet que grands investissements soient effectués ou que des collaborateurs soient engagés, ce qui n'est pas typique d'activités du savoir pouvant être exécutées à l'ordinateur²⁰².

Ainsi, le télétravail ne va en principe pas engendrer de modification dans l'application du régime des assurances sociales. Il faudrait un cas limite et indéterminé où le travail dans les locaux propres de la personne et la liberté de déterminer les horaires fassent pencher la balance du côté de l'activité indépendante. Un tel cas semble rare voire hypothétique. Le régime applicable dans des situations à caractère international (télétravail à l'étranger ou employeur étranger) sera traité ci-dessous (voir ch. 7.13).

7.11.3 Accident professionnel ou non-professionnel

Un point particulier peut en outre être relevé en rapport avec l'assurance-accident. Le télétravail peut poser des problèmes de délimitation entre accident professionnel et non-professionnel du fait de l'enchevêtrement de l'espace privé et professionnel. En effet, l'accident professionnel est tout d'abord celui qui survient lorsque le travailleur exécute des travaux sur ordre de son employeur ou dans son intérêt (art. 7, al. 1, let. a, LAA). Cette première catégorie ne pose pas de problème car elle ne se rattache pas au lieu de travail. La seconde catégorie regroupe les accidents qui surviennent au cours d'une interruption de travail, de même qu'avant ou après le travail, lorsque le travailleur se trouve, à bon droit, au lieu de travail ou dans la zone de danger liée à son activité professionnelle (art. 7, al. 1, let. a et b, LAA). Cette seconde catégorie pourra par contre poser problème vu que, d'une part, l'espace privé est l'espace de travail et que, d'autre part, le début et la fin du travail, les pauses et les interruptions peuvent s'entremêler et être difficiles à distinguer. Il revient aux tribunaux de juger si le travailleur fait une pause ou une interruption ou s'il a terminé de travailler ou non, ce qui ne peut se décider qu'au cas par cas et qui peut faire l'objet d'appréciations différentes²⁰³. A noter que la distinction est d'importance pour les personnes engagées à moins de 8 heures par semaine (taux d'occupation de 20% pour une semaine à 40 heures), qui ne sont pas couvertes par l'assurance en cas d'accident non professionnel (art. 8, al. 2, 7, al. 2, LAA et 13, al. 1, OLAA).

²⁰⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_132/2011, du 26 avril 2011, cons. 4.1 et 4.2

²⁰¹ ATF 119 V 161, cons. 3, a et b

²⁰² ATF 119 V 161, cons. 3b, pour le journaliste *freelance*.

²⁰³ PULVER, 68

7.12 Aspects fiscaux

7.12.1 Généralités

En Suisse, tant la Confédération que les cantons, et même les communes, prélèvent des impôts directs. Alors que la Confédération et les cantons possèdent une souveraineté propre en matière fiscale, les communes ne peuvent en revanche prélever des impôts que dans les limites de l'autorisation qui leur est octroyée par leur canton. L'article constitutionnel sur l'harmonisation fiscale des impôts directs sur le revenu et la fortune, respectivement sur le bénéfice et le capital (art. 129 Cst.) et la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID)²⁰⁴ qui le concrétise, ont encadré quelque peu la liberté fiscale des cantons. La LHID a également procédé à une harmonisation avec la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD)²⁰⁵.

La LHID est une loi-cadre. Elle s'adresse aux législateurs cantonaux et communaux et prescrit les principes régissant les règles sur l'assujettissement, l'objet de l'impôt et l'imposition dans le temps, ainsi que les règles de procédure et de droit pénal fiscal. Conformément au mandat constitutionnel la LHID précise que la fixation des barèmes, des taux et des montants exonérés restent de la compétence des cantons (art. 129, al. 1 et 2, Cst. et art. 1, al. 3, Cst.).

Le postulat traité par le présent rapport demande de traiter des possibilités de déductions fiscales en lien avec le télétravail. Nous nous concentrerons donc principalement sur cet aspect. Nous ne traiterons pas de la question de la qualification du télétravail comme activité dépendante ou indépendante, qui se pose de la même manière en droit fiscal qu'en droit des contrats ou en droit des assurances sociales (voir ch. 6.1.2 et 7.11.2). Nous nous limitons ici à relever que le droit fiscal connaît une notion autonome d'activité dépendante et indépendante. L'influence du télétravail sur cette qualification ne sera pas notable, comme en droit des contrats ou des assurances sociales.

Le télétravail, en particulier à domicile, implique par définition l'utilisation des locaux privés et peut impliquer, nous l'avons vu, l'utilisation de l'infrastructure, des appareils ou du matériel privé du travailleur. Celui-ci peut également être tenu de supporter les frais qui y sont liés. Dans ce cas, dans quelle mesure a-t-il la possibilité de déduire les frais engagés de ses impôts?

7.12.2 Déductions fiscales

7.12.2.1 Impôt fédéral direct

L'article 26 al. 1 LIFD énumère de manière large mais exhaustive les dépenses déductibles au titre de frais d'acquisition du revenu découlant de l'exercice d'une activité lucrative dépendante au sens de l'art. 17. Certaines déductions sont énumérées, comme les frais de déplacement ou de repas (al. 1, let. a et b). Les autres entrent dans la clause générale de l'al. 1, let. c, qui les définit comme les autres frais indispensables à l'exercice de la profession. Selon cette disposition donc, sont déductibles les frais nécessaires à l'acquisition du revenu et ayant un rapport de causalité direct avec lui (art. 1, al. 1 de l'ordonnance sur les frais professionnels²⁰⁶). La condition de nécessité doit être comprise dans un sens large et elle doit être examinée en fonction des circonstances d'espèce²⁰⁷.

²⁰⁴ RS 642.14

²⁰⁵ RS 642.11

²⁰⁶ Ordonnance du DFF du 10 février 1993 sur la déduction des frais professionnels des personnes exerçant une activité lucrative dépendante en matière d'impôt fédéral direct, RS 642.118.1

²⁰⁷ Arrêt du TF 2C_71/2014, du 15 septembre 2014, consid. 5.5

L'utilisation d'une chambre de travail privée rentre dans la notion de frais professionnels de l'article 26 LIFD. L'art. 7, al. 1, de l'ordonnance sur les frais professionnels inclut en effet explicitement l'utilisation d'une chambre privée dans les autres frais professionnels pouvant faire l'objet d'une déduction forfaitaire. Si le contribuable souhaite déduire des frais effectifs plus élevés, il doit justifier la totalité des dépenses effectives ainsi que leur nécessité sur le plan professionnel (art. 26, al. 2, LIFD et art. 4 de l'ordonnance sur les frais professionnels). La circulaire sur les frais professionnels précise que, dans le cadre de la justification de frais plus élevés, le contribuable exerçant une activité dépendante doit démontrer qu'il utilise principalement et régulièrement une pièce de son appartement privé pour son travail professionnel et qu'il ne s'agit pas de travaux professionnels effectués occasionnellement dans l'appartement privé qui, eux, n'engendrent pas de frais supplémentaires et, par conséquent, ne donnent pas droit à une déduction²⁰⁸.

Ces dispositions ne signifient pas que la nécessité des frais d'utilisation d'une chambre ou de matériel privés ne doit pas être démontrée si le contribuable se limite à la déduction forfaitaire. Bien au contraire, le Tribunal fédéral a récemment confirmé le refus de la déduction forfaitaire pour l'utilisation, à domicile, d'un agenda électronique, d'un ordinateur et d'une imprimante ainsi que d'un bureau. Le Tribunal fédéral a relevé que le caractère indispensable de ces appareils pour l'acquisition du revenu n'a pas été démontré, pas plus que l'absence de tels appareils dans les locaux de l'employeur. Il a aussi rappelé que la déduction pour une chambre de travail privée n'est pas accordée à celui qui, pour des raisons de convenance personnelle, préfère s'acquitter de tâches professionnelles à la maison alors qu'il pourrait utiliser un local à sa place de travail²⁰⁹.

7.12.2.2 Harmonisation selon la LHID

La LHID a harmonisé les lois cantonales en matière de déductions. Ce sont les dépenses nécessaires à l'acquisition du revenu qui peuvent être déduites (art. 9, al. 1, LHID). Le Tribunal fédéral a jugé que cette harmonisation a un caractère exhaustif et que la définition des dépenses nécessaires est claire et s'impose aux cantons²¹⁰. Ces derniers n'ont donc pas de marge de manœuvre dans la définition des dépenses nécessaires. Toutefois, ils gardent une grande marge d'appréciation dans l'aménagement et l'estimation des forfaits²¹¹. Il est donc possible de trouver des implications pratiques différentes d'un canton à l'autre.

Comme l'art. 26 LIFD et l'art. 9 LHID ont la même portée et qu'une interprétation unifiée s'impose²¹², la pratique développée en application de l'art. 26 LIFD sur la nécessité d'utiliser du matériel ou une pièce privés va également valoir pour l'art. 9, LHID.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de revenir sur cette question dans un arrêt récent en rapport avec l'art. 9 LHID²¹³. Il a ainsi répété que le contribuable qui, pour des raisons personnelles, préfère s'acquitter de tâches professionnelles à la maison alors qu'il pourrait utiliser un local à sa place de travail, n'a aucun droit à la déduction pour une chambre de travail privée. Pour admettre le caractère nécessaire de la dépense, l'exercice des tâches sur le lieu de travail ne doit pas être possible ou tout le moins ne pas être raisonnablement exigible. Le Tribunal fédéral, qui décide selon les circonstances de chaque cas, va donc vérifier en particulier si l'employeur met à disposition des locaux pour l'accomplissement des tâches du col-

²⁰⁸ Administration fédérale des contributions, Circulaire no 26, Déduction des frais professionnels des personnes exerçant une activité lucrative dépendante, 22 septembre 1995, ch. 4

²⁰⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_326/2008, du 23 septembre 2008, cons. 4.4

²¹⁰ ATF 128 II 66, cons. 4b; 133 II 287, cons. 2.2

²¹¹ Arrêt du TF 2C_71/2014, du 15 septembre 2014, consid. 5.4

²¹² Arrêt du Tribunal fédéral 2C_807/2011, du 9 juillet 2012, cons. 2.1

²¹³ Arrêt du TF 2C_71/2014, du 15 septembre 2014, consid. 5.5 et 5.6

laborateur. Le même examen sera fait en cas d'utilisation d'appareils privés. Le contribuable qui a la possibilité de travailler chez lui peut se voir opposer une certaine perte de confort par rapport à un collaborateur qui ne peut que travailler dans les locaux de l'employeur²¹⁴. Toutefois, les infrastructures proposées doivent être suffisantes.

Il ressort donc de cette jurisprudence, identique pour l'impôt fédéral direct et pour les impôts cantonaux, qu'une partie des activités de télétravail ne pourront pas faire l'objet de déductions fiscales. Ce sera en particulier le cas du télétravailleur régulier qui ne travaille que partiellement chez lui. Il disposera en effet d'un bureau équipé dans les locaux de l'entreprise. Suivant les cas, un bureau ou un équipement partagés dans les locaux de l'employeur pourront aussi être suffisants en regard du droit fiscal et ne permettront pas de déductions de frais. L'élément du choix de faire du télétravail aura aussi une incidence sur le droit fiscal, puisque l'accomplissement de tâches professionnelles au domicile par convenance personnelle n'implique pas de nécessité d'utiliser des locaux ou du matériel privés au sens fiscal.

A relever enfin que les frais qui sont payés par l'employeur ne peuvent être déduits des impôts²¹⁵. La question des déductions fiscales doit donc être regardée en lien avec celle de la charge des frais telle que réglée aux art. 327ss CO. Il s'agit de déterminer qui de l'employeur ou du travailleur doit porter la charge des frais et, dans la mesure où une charge de frais est portée par le travailleur, si la collectivité est prête à décharger le travailleur de tels frais par une pratique large des déductions.

7.13 Situations internationales

Les situations internationales vont affecter l'application du droit du travail, privé et public, du droit des assurances sociales et du droit fiscal. Nous donnons ici un bref aperçu de la situation juridique.

7.13.1 Personne travaillant à son domicile à l'étranger pour un employeur établi en Suisse

Des entreprises situées en Suisse peuvent occuper des personnes qui habitent à l'étranger. Il se peut aussi fort bien que ces personnes aient la possibilité de travailler depuis leur domicile. Cette situation peut par exemple concerner un frontalier qui travaille partiellement ou entièrement chez lui, de l'autre côté de la frontière.

7.13.1.1 Compétence et droit applicable en matière contractuelle

En matière contractuelle, les tribunaux compétents et le droit applicable devront être déterminés. Lorsque la Suisse ou un pays de l'Union européenne ou l'Islande ou la Norvège sont concernés, c'est la convention de Lugano (CL)²¹⁶ qui régit la compétence des tribunaux. Pour les autres Etats, et pour déterminer le droit applicable par les tribunaux suisses, c'est la loi sur le droit international privé (LDIP)²¹⁷ qui s'applique.

Les art. 18 à 21 CL règlent la compétence en matière de contrat individuel de travail. La CL s'applique si le défendeur, employeur ou travailleur, est domicilié dans un Etat partie (art. 19 et 20 al. 1). Une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat membre

²¹⁴ Arrêt du TF 2C_71/2014, du 15 septembre 2014, consid. 5.6.1 et 5.6.2

²¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_326/2008, du 23 septembre 2008, cons. 4.2

²¹⁶ 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

²¹⁷ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291

suffisent également à fonder l'application de la CL, puisque l'employeur sera considéré comme domicilié dans cet Etat membre pour les contestations relatives à leur exploitation (art. 18, al. 2). Un travailleur, quel que soit son domicile et le lieu où il travaille, pourra donc agir au domicile de son employeur en Suisse (art. 19, ch. 1, CL) ou au lieu de situation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement. Le travailleur pourra également agir au lieu où il accomplit habituellement son travail, si ce lieu se trouve dans un Etat partie à la convention (art. 19, ch. 2, let. b, CL). Le travailleur domicilié dans un Etat partie à la convention ne pourra être attiré en justice par l'employeur qu'au lieu de son domicile (art. 20, al. 1, CL).

Ainsi, le travailleur qui fait du télétravail à domicile dans un Etat frontalier de la Suisse ou dans tout autre Etat partie à la CL pourra porter ses prétentions devant les tribunaux de son lieu de domicile qui est en même temps celui où il accomplit son travail. Il faut toutefois que ce soit son lieu habituel de travail. La CL ne prévoit en effet pas de for pour le travailleur à son lieu de domicile, comme le fait l'art. 115, al. 2, LDIP. Le lieu de télétravail sera le lieu habituel de travail si le télétravailleur accomplit l'entier de sa prestation de travail chez lui. S'il fait par contre du télétravail alterné, le travailleur aura un lieu de travail à son domicile et un second dans les locaux de l'employeur. Il faut alors déterminer si l'un des deux vaudra comme lieu habituel de travail et si oui lequel. Le lieu habituel de travail est, selon la jurisprudence de la Cour de Justice européenne, celui où le travailleur accomplit l'essentiel de son activité, c'est-à-dire en premier lieu celui où il accomplit la plus grande partie de son travail. Ce critère ne peut être écarté que s'il est démontré qu'un autre lieu est, d'un point de vue qualitatif, le centre des activités du travailleur²¹⁸. Le critère quantitatif requiert que la plus grande partie du travail soit effectuée à un lieu, certains auteurs établissant une valeur limite à 60%²¹⁹. Par conséquent, un télétravailleur qui travaille un ou deux jours sur cinq à la maison ne pourra en principe pas avoir un for à son domicile, vu que celui-ci ne sera, selon toute vraisemblance, pas son lieu habituel de travail.

L'art. 115, al. 1 et 2, LDIP prévoit un for en Suisse, au domicile du défendeur, que ce soit l'employeur ou le travailleur, au lieu habituel d'accomplissement du travail et au domicile du travailleur. Il faut toutefois relever que la CL s'appliquera dans la plupart des cas, lorsque ces fors sont donnés en Suisse. La seule situation où l'art. 115 LDIP trouvera application sera celle d'une action de l'employeur contre le travailleur domicilié dans un Etat qui n'est pas partie à la CL. Toutefois, les fors de la LDIP pourront servir à déterminer le tribunal compétent, lorsque la CL se limite à définir la compétence internationale de la Suisse.

Le Tribunal fédéral a jugé que l'élection de for n'est pas interdite ni restreinte par l'art. 115 LDIP²²⁰. D'importantes restrictions sont par contre prévues à l'art. 21 CL, qui n'admet des conventions attributives de juridiction que si elles sont postérieures à la naissance du différend ou si elles prévoient des fors supplémentaires pour le travailleur.

Lorsque les tribunaux suisses sont compétents, le droit applicable se détermine sur la base de l'art. 121 LDIP. L'al. 1 prévoit l'application du droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail. Une définition précise de cette notion n'a pas été développée par la jurisprudence. L'on peut toutefois estimer qu'un télétravailleur qui travaille entièrement à l'étranger sera soumis au droit étranger. En cas de télétravail alterné, l'existence d'un lieu habituel de travail devra être déterminée. Si une grande part du travail est exécutée dans les locaux suisses de l'employeur, comme en cas de télétravail un jour par semaine,

²¹⁸ Voir BSK-MEYER/STOJILJKOVIC, n. 11 ad art. 19 CL et références citées.

²¹⁹ BSK-MEYER/STOJILJKOVIC, n. 12 ad art. 19 CL

²²⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 6 mai 1997, JAR 1998, 299, cons. 4

c'est le droit suisse qui s'appliquera²²¹. Si un lieu de travail habituel unique ne peut être établi, l'art. 121, al. 2, LDIP prévoit l'application du droit de l'établissement de l'employeur ou, à défaut, de son domicile ou de sa résidence habituelle. Dans notre cas de figure (employeur en Suisse et télétravailleur à l'étranger), il s'agira du droit suisse. Le droit de l'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur peut également être choisi par les parties dans le contrat (art. 121, al. 3, LDIP). Il en va de même du droit de la résidence habituelle du travailleur. Les règles impératives du droit du travail suisse peuvent être invoquées sur la base et aux conditions de l'art. 18 LDIP si un droit étranger s'applique. Inversement, les règles impératives étrangères peuvent s'appliquer aux conditions, certes relativement restrictives, de l'art. 19 LDIP dans les cas où le droit suisse s'applique.

Lorsque des tribunaux étrangers sont saisis et qu'ils sont compétents, c'est leur droit international privé qui détermine le droit applicable. Dans les pays membres de l'Union européenne, la matière est réglée par le règlement (CE) N° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)²²². Selon l'art. 8, al. 1 du règlement, le contrat est régi par la loi choisie par les parties. A défaut de choix, c'est le droit du lieu habituel d'accomplissement du travail qui s'applique (art. 8, al. 2). Si le lieu habituel où le travail est accompli ne peut être déterminé, le droit du lieu de situation de l'établissement qui a embauché le travailleur est appliqué (art. 8, al. 3). L'art. 8, al. 4 réserve le droit du pays avec lequel le contrat présente des liens plus étroits que celui de l'accomplissement habituel du travail ou de l'établissement qui a embauché le travailleur. L'art. 8, al. 1 limite sensiblement le libre choix du droit applicable: en effet, les règles impératives de protection du travailleur prévues par le droit applicable au sens des al. 2 à 4 ne peuvent être écartées par l'élection de droit. Cela signifie par exemple que les travailleurs dont le lieu de travail habituel se trouve dans un Etat de l'Union européenne bénéficient des règles impératives protectrices de cet Etat. Par conséquent, un télétravailleur qui a son lieu de travail habituel dans un Etat frontalier de la Suisse, parce qu'il travaille par exemple uniquement chez lui, pourra bénéficier des règles protectrices de son lieu de travail. Il faut pour cela qu'il saisisse les tribunaux de son lieu de travail habituel. Or, comme nous l'avons vu, la CL prévoit un for au lieu de travail habituel pour le travailleur et l'employeur ne peut quand à lui agir qu'au domicile du télétravailleur. Ainsi, un employeur suisse qui prévoit l'application du droit suisse dans ses contrats devra tout de même respecter les règles impératives de l'Etat dans lequel son collaborateur accomplit sa prestation de travail.

7.13.1.2 Droit public du travail

Ces règles de compétence et de droit applicable concernent le droit privé du travail. S'agissant du droit public, la loi sur le travail ne s'appliquera pas à un télétravailleur qui accomplit sa prestation chez lui à l'étranger²²³. Comme la loi sur le travail ne s'applique pas, elle ne pourra pas non plus fonder des prétentions de droit civil sur la base de l'art. 342, al. 2, CO, comme l'a récemment confirmé le Tribunal fédéral²²⁴. Le télétravailleur pourrait par contre relever de la législation publique du travail de l'Etat où il travaille, si cette législation a vocation à s'appliquer à toute personne accomplissant une prestation de travail sur le territoire de l'Etat. C'est en principe le cas, les législations de droit public obéissant au principe de territorialité.

²²¹ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral, 4A_489/2011 et 4A_491/2011, du 10 janvier 2012, cons. 2.1, où le Tribunal fédéral conclut à un lieu de travail habituel en Suisse pour des activités «essentiellement» accomplies à Genève.

²²² JOUE L 177/6, du 4 juillet 2008

²²³ Voir art. 1, al. 3, LTr et ATF 139 III 411, cons. 2.4.

²²⁴ ATF 139 III 411, cons. 2.5

7.13.1.3 Droit fiscal et assurances sociales

De même, les législations étrangères de droit public en matière d'assurances sociales et d'impôts auront vocation à s'appliquer. Dans les rapports entre la Suisse et l'UE, l'accord sur la libre circulation des personnes assure la coordination des régimes d'assurances sociales (art. 8 et annexe II) et prévoit en particulier, à l'art. 1, al. 1, de l'annexe II, l'application des règlements européens 883/2004 et 987/2009²²⁵. La règle de base est le rattachement au régime du lieu d'exercice de l'activité, salariée ou non salariée (art. 11, al. 3, let. a du règlement 883/2004). Par conséquent, un télétravailleur ressortissant suisse ou d'un Etat de l'UE et domicilié dans un Etat membre sera soumis au régime d'assurances sociales de cet Etat membre s'il accomplit l'entier de sa prestation de travail chez lui. S'il accomplit sa prestation en partie dans les locaux de son employeur en Suisse, il relèvera des règles particulières de l'art. 13 du règlement 883/2004, qui s'appliquent aux personnes exerçant «normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs Etats membres». Le télétravailleur sera toujours soumis au régime de l'Etat de son lieu de résidence, mais uniquement s'il exerce une partie substantielle de son activité dans cet Etat (art. 13, al. 1, let. a du règlement 883/2004). Si ce n'est pas le cas, il sera soumis au régime d'assurances de l'Etat dans lequel le siège social ou le siège d'exploitation de l'employeur ou de l'entreprise se trouve (art. 13, al. 1, let. b, i du règlement 883/2004). Selon l'art. 14, al. 8 du règlement 987/2009, une «partie substantielle d'une activité salariée ou non salariée» exercée dans un Etat membre signifie qu'une part 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. La quantification s'opère sur la base du temps de travail et/ou de la rémunération (art. 14, al. 8, let. a). L'exercice d'une partie substantielle de l'activité sera admis si la quantification amène à conclure que 25% ou plus de l'activité est exercée dans un Etat membre. Par conséquent, un télétravailleur qui accomplit 25% ou plus de son activité chez lui sera soumis au régime d'assurances sociales de son Etat de résidence. Cela amène souvent, du point de vue suisse, à limiter contractuellement l'activité à domicile à 20% de l'activité totale²²⁶.

L'imposition des personnes physiques en Suisse est fondée sur le domicile (p.ex., art. 3, al. 1, LIFD et 3, al. 1, LHID). L'imposition d'un travailleur domicilié à l'étranger est déterminée par les règles sur l'impôt à la source qui en principe s'appliquent (art. 5 et 91 ss LIFD et 4 et 35 et 36 LHID). Ainsi, une personne qui n'a ni domicile ni séjour en Suisse pourra y être imposée sur la base d'un rattachement économique qui se rapporte, dans le cas d'un télétravailleur, à l'exercice d'une activité lucrative en Suisse (art. 5, al. 1, let. a, LIFD et 4, al. 1 et 2, let. a, LHID). Un télétravailleur qui accomplit une partie de sa prestation chez lui à l'étranger et une partie en Suisse pourrait donc payer des impôts en Suisse sur la base d'un rattachement économique. Un télétravailleur qui exerce l'entier de son activité chez lui à l'étranger devrait par contre payer ses impôts à l'Etat de son domicile, dans la mesure où la condition de l'exercice d'une activité lucrative en Suisse requiert une présence personnelle en Suisse. Dans une jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral a donné une portée très large au rattachement économique, en n'exigeant pas de présence personnelle en Suisse²²⁷. Il est toutefois revenu sur cette interprétation dans un arrêt récent, dans lequel il reconnaît la nécessité d'une présence physique du travailleur²²⁸.

²²⁵ Respectivement, règlement (CE) no 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**) et Règlement (CE) no 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) no 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS **0.831.109. 268.11**)

²²⁶ ROHNER/MAAS, 329

²²⁷ Notamment, arrêt du Tribunal fédéral du 29.1.1996, RDAF 1997 II 589, cons. 2, qui se rapportait à l'arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 sur la perception d'un impôt fédéral direct (AIFD).

²²⁸ ATF 137 II 246, cons. 4 à 8

Une question fiscale qui se pose du point de vue de l'employeur est celle de savoir si l'activité d'un télétravailleur chez lui à l'étranger fonde un rattachement fiscal de l'entreprise dans le pays concerné. Un tel rattachement devra découler de la législation du pays de domicile du télétravailleur. En cas de convention de double imposition avec la Suisse, l'imposition sur la base de l'activité d'un télétravailleur devra aussi ne pas pouvoir être exclue sur la base de la convention. A cet égard, les conventions de double imposition se fondent, pour l'imposition des bénéficiaires des entreprises, sur la notion d'établissement stable. Ainsi, selon l'art. 7 de la convention modèle de l'OCDE, qui reflète pour l'essentiel le contenu des conventions conclues par la Suisse²²⁹ une entreprise d'un Etat contractant n'est imposable que dans cet Etat, à moins qu'elle n'exerce une activité dans un autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé²³⁰.

Un établissement stable désigne une installation fixe d'affaires par laquelle l'entreprise exerce tout ou partie de ses activités (art. 5, al. 1, de la convention modèle de l'OCDE). Il n'y a pas d'établissement stable si les activités exercées ont un caractère préparatoire ou auxiliaire (art. 5, al. 4, let. e, de la convention modèle de l'OCDE). L'exercice de l'activité au domicile privé n'exclut pas en soi la qualification d'établissement stable. L'utilisation des locaux pour les besoins de l'entreprise doit être régulière et s'étendre sur la durée et être requise d'une façon ou d'une autre par l'employeur, ce qui peut être par exemple le cas si le télétravailleur n'a pas la possibilité d'exercer son activité dans les locaux de l'entreprise²³¹.

7.13.2 Personne travaillant à domicile en Suisse pour une entreprise située à l'étranger

Les règles présentées en lien avec le premier cas de figure (ch. 7.13.1) vont également s'appliquer au travailleur qui fait du télétravail en Suisse pour un employeur se trouvant à l'étranger.

7.13.2.1 En matière contractuelle

S'agissant du contrat de travail, la CL garantit au travailleur de ne pas être attiré par l'employeur devant les tribunaux étrangers mais bien à son domicile. Lui-même ne pourra agir à son domicile contre l'employeur que s'il s'agit de son lieu habituel de travail. Il faut donc en principe que la plus grande partie du travail soit exécutée au domicile. Si ce n'est pas le cas, le travailleur devra agir au domicile de l'employeur. Si la LDIP s'applique (lorsque l'employeur a son siège en dehors d'un Etat partie à la CL), le travailleur pourra toujours agir à son domicile.

En cas d'action en Suisse, le contrat pourra prévoir l'application du droit suisse (droit du domicile du travailleur) ou du droit de l'Etat de domicile de l'employeur. En l'absence d'élection de droit, c'est le droit du lieu d'accomplissement habituel de la prestation de travail qui s'applique. En l'occurrence, ce sera le droit suisse si le télétravailleur accomplit l'entier de sa prestation chez lui ou le droit du lieu où se trouvent les locaux de l'entreprise, si le travailleur y accomplit l'essentiel de son travail. S'il y a plusieurs lieux habituels de travail, ce sera le droit du lieu de l'établissement de l'employeur ou, à défaut, de son domicile ou de sa résidence. A noter que l'employeur peut se trouver dans un autre Etat que celui où le travail est accompli. Un télétravailleur en Suisse peut ainsi travailler pour une société allemande mais accomplir son travail entre son domicile suisse et un lieu de travail en France. Enfin, les art.

²²⁹ OBERSON, n. 79

²³⁰ Disponible sous: <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/modeleocdedifferentesversions.htm>

²³¹ Voir SCHREIBER/HONOLD/JAUN, n. 10 et 88-89 ad art. 5; ROHNER/MAAS, 329ss et 333

18 et 19 LDIP permettent au travailleur d'invoquer des règles internationalement impératives du droit suisse ou du droit étranger du travail respectivement.

En cas d'action à l'étranger, les règles de droit international privé du for détermineront le droit applicable. Dans l'Union européenne, le règlement Rome I préserve l'application des règles de droit impératif suisses, quel que soit le droit applicable choisi dans le contrat.

7.13.2.2 Droit public du travail

Le télétravailleur actif en Suisse pour une entreprise à l'étranger sera en principe soumis à la loi sur le travail. L'art. 1, al. 3, LTr prévoit en effet que la loi s'applique, dans la mesure où les circonstances le permettent, aux travailleurs occupés en Suisse par une entreprise sise à l'étranger.

7.13.2.3 Droit fiscal et assurances sociales

Le télétravailleur sera enfin en principe soumis aux assurances sociales suisses et paiera ses impôts en Suisse. Dans le cas d'employeurs domiciliés dans l'Union européenne, le télétravailleur sera soumis au régime étranger d'assurances sociales s'il accomplit moins de 25% de son activité chez lui.

Dans le cas de figure étudié ici se pose aussi la question de l'imposition de l'employeur dont le siège est à l'étranger et qui emploie un télétravailleur en Suisse. Dans la législation suisse, un tel rattachement peut découler de l'existence d'un établissement stable en Suisse, défini comme une installation fixe dans laquelle s'exerce tout ou partie de l'activité de l'entreprise (art. 51, al. 1, let. b et al. 2, LIFD et 21, al. 1, let. b, LHID). Qu'une activité de télétravail à domicile fonde un tel rattachement n'est pas exclu mais certaines conditions doivent être remplies. De la même manière que dans le cas de figure du télétravailleur travaillant l'étranger pour un employeur en Suisse, le rattachement pourra être donné si le travailleur n'a pas de place de travail dans l'entreprise et si l'activité de télétravail est exercée pendant une longue durée indéterminée et qu'elle représente une part substantielle de l'activité de l'entreprise²³². En présence d'une convention de double imposition, l'imposition en Suisse devra respecter les conditions posées dans la convention (voir ci-dessus ch. 7.13.1.3) à l'exemple de la convention modèle de l'OCDE.

7.13.3 Personne mobile

Le régime juridique applicable à une personne mobile dépendra de son lieu de domicile, de celui de son employeur et de la possibilité de définir un seul lieu habituel de travail. La mobilité entre plusieurs pays fera que l'absence de lieu habituel unique de travail sera plus fréquente. Ce sont alors les rattachements subsidiaires prévus dans les différentes lois qui vont s'appliquer. Ainsi, dans le régime de la CL, si le travailleur ne peut être attiré que devant les tribunaux de son domicile, il devra agir au lieu de l'établissement qui l'a embauché, à défaut d'accomplir son travail dans un même pays. L'art. 121, al. 2, LDIP, applicable si le travail est accompli habituellement dans plusieurs Etats, déterminera plus souvent le droit applicable. Ce sera celui de l'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur, qui peut également trouver application sur la base d'une élection de droit, autorisée selon l'art. 121, al. 3, LDIP. Selon cette disposition, l'élection de droit peut de même désigner le droit de la résidence habituelle du travailleur.

²³² Avis défendu par ROHNER/MAAS, 329ss et 333

L'application de la LTr à un travailleur qui accomplit une partie de son activité en Suisse peut être problématique. La partie de l'activité accomplie à l'étranger ne pourra être contrôlée par les autorités suisses.

La soumission aux assurances sociales et l'imposition se feront selon les mêmes critères que ceux décrits ci-dessus (ch. 7.13.1 et 7.13.2).

8 Législations étrangères

8.1 Union européenne

8.1.1 Accord cadre sur le télétravail

8.1.1.1 Introduction

Le télétravail a été réglé au niveau européen par un accord-cadre entre les partenaires sociaux²³³, conclu le 16 juillet 2002. Cet accord s'inscrit dans la Stratégie européenne pour l'emploi définie pour la première fois en 1997 au Luxembourg, par le Conseil européen extraordinaire sur l'emploi. Dans ses conclusions, le Conseil invite les partenaires sociaux «à négocier, aux niveaux appropriés, notamment au niveau sectoriel et au niveau des entreprises, des accords visant à moderniser l'organisation du travail, y compris les formules souples de travail, afin de rendre les entreprises productives et compétitives et d'atteindre l'équilibre nécessaire entre souplesse et sécurité». S'en sont suivi trois accords-cadres conclus par les partenaires sociaux au niveau européen, sur les contrats à durée déterminée, le temps partiel et le télétravail. L'accord sur le télétravail s'inscrit également dans la stratégie du Conseil européen de Lisbonne de l'an 2000, qui avait pour but d'encourager le passage à une économie de la connaissance.

La consultation des partenaires sociaux et la conclusion d'accords au niveau européen sont prévues aux art. 154 et 155 (anciens art. 138 et 139) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)²³⁴. Les accords-cadres sont mis en œuvre selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux Etats membres ou, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil (art. 155 al. 2, TFUE). Les accords sur le temps partiel et les contrats à durée déterminée ont suivi la seconde voie et débouché sur l'adoption de deux directives européennes, alors que l'accord sur le télétravail a été mis en œuvre selon les modalités choisies dans chaque Etat membre.

8.1.1.2 Contenu de l'accord-cadre

Dans les considérations générales de l'accord, les partenaires sociaux considèrent le télétravail comme un moyen de moderniser l'organisation du travail pour les entreprises et comme un moyen de concilier vie professionnelle et vie sociale et de donner une plus grande autonomie aux travailleurs. Le télétravail doit être encouragé de sorte à ce que flexibilité et sécurité aillent de pair, que la qualité des emplois soit accrue et que les chances des personnes handicapées sur le marché du travail soient améliorées. L'accord se donne pour but d'établir un cadre général au niveau européen qui sera mis en œuvre par les organisations membres des parties signataires.

²³³ Confédération européenne des syndicats (CES), Union des Confédérations de l'Industrie et des Employeurs d'Europe (UNICE), Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises (UEAPME), Centre européen des employeurs et entreprises fournissant des services publics (CEEP).

²³⁴ JOUE C 326/47, du 26.10.2012

L'accord-cadre donne une définition du télétravail (ch. 2) et affirme son caractère volontaire (ch. 3). Le télétravail, selon le ch. 2, signifie que le travail est réalisé hors des locaux de l'employeur. A ce critère de base, la définition ajoute plusieurs précisions. Le télétravail doit impliquer l'utilisation de technologies de l'information. Le terme «utilisation» dénote d'une approche large et flexible qui tient compte de l'évolution des technologies. Certaines limitations sont toutefois prévues à d'autres niveaux: le télétravail doit être régulier, ce qui exclut le travailleur qui accomplit de temps en temps une tâche depuis chez lui ou dans le train. La régularité du télétravail pourrait s'installer progressivement de manière implicite, si un travailleur a par exemple de plus en plus de travail et effectue de plus en plus de tâches après être parti du bureau ou le matin avant d'arriver. Le caractère volontaire réglé au ch. 3, impliquant un accord et des informations écrites, formalise l'introduction du télétravail et peut être vu comme un remède à de telles situations. Une autre limitation de la définition réside dans l'exclusion de travaux qui ne peuvent être accomplis dans les locaux de l'entreprise. Ainsi, tout travail qui s'effectue par nature hors de l'entreprise n'est pas considéré comme du télétravail. Il s'agira par exemple de travaux d'entretien de photocopieuses ou d'imprimantes²³⁵ et par extension de toute activité s'effectuant typiquement uniquement auprès des clients. La définition se limite enfin aux relations de travail.

Le caractère volontaire signifie que le télétravail doit se fonder sur un accord entre employeur et travailleur (ch. 3, parag. 1 et 3). Le ch. 3 précise que des informations écrites sont à fournir au travailleur (parag. 2) et que le télétravail est réversible s'il ne fait pas partie du descriptif initial du poste (parag. 5) avec pour conséquence que le travailleur retourne à son poste de travail dans les locaux de l'employeur. Le refus du télétravail par le travailleur n'est de plus pas un motif valable de résiliation de la relation d'emploi ou de modification des conditions d'emploi (ch. 3, parag. 4). Cette dernière règle semble exclure la possibilité d'un congé-modification pour introduire le télétravail.

L'accord pose ensuite des règles qui doivent être respectées sur une série de questions particulières. Un groupe de règles s'évertue à poser l'égalité de condition entre les télétravailleurs et les travailleurs dans les locaux de l'entreprise. Les télétravailleurs doivent ainsi bénéficier des mêmes droits légaux et conventionnels, à moins que des particularités du télétravail ne justifient des accords spécifiques complémentaires (ch. 4). Ils ont les mêmes droits collectifs, doivent pouvoir communiquer avec les représentants des travailleurs et participer de manière égale aux élections dans les instances représentatives des travailleurs (ch. 11, parag. 1 et 2). L'accord prévoit ensuite que la charge de travail et les critères de résultats du télétravailleur sont équivalents à ceux de travailleurs comparables dans les locaux de l'employeur (ch. 9, parag. 2). Les télétravailleurs doivent enfin avoir les mêmes possibilités de formation et de carrière et sont soumis aux mêmes politiques d'évaluation que les autres travailleurs (ch. 10, parag. 1).

Un dernier groupe de règle s'occupe de résoudre des problèmes que pose le télétravail de manière spécifique ou accrue. Ainsi, l'accord rappelle que l'employeur a la responsabilité d'assurer la protection des données (ch. 5), et la protection de la santé et de sécurité (ch. 8). Le ch. 5 et le ch. 8 prévoient une obligation d'informer le télétravailleur des règles applicables dans ces deux matières, celui-ci ayant la charge de s'y conformer et de les appliquer. Un accès aux lieux de télétravail est également prévu afin d'assurer le respect des règles sur la santé et la sécurité, «dans les limites des législations et conventions collectives nationales». L'accès au domicile est soumis à notification préalable et à l'accord du télétravailleur. L'accord rappelle ensuite le respect de la vie privée du travailleur et les limites posées à la surveillance des travailleurs (ch. 6). Le ch. 7 enfin traite des équipements. Il prévoit de régler les

²³⁵ Confédération européenne des syndicats, Accord volontaire sur le télétravail, Texte et commentaire, 2003, disponible sous: https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/accord_fr_120503.pdf

questions de l'équipement, de la responsabilité et des coûts avant le début du télétravail (parag. 1). Il met la charge des coûts directement causés par le travail sur l'employeur (parag. 3). Il rappelle aussi que le télétravailleur prend soin des équipements qui lui sont confiés (parag. 6).

8.1.2 Droits des Etats membres

Un rapport datant de 2010 a exposé de manière complète les réglementations adoptées dans les Etats membres de l'Union pour mettre en œuvre l'accord-cadre²³⁶. Nous nous fondons sur ce rapport pour exposer quelques aspects de cette mise en œuvre.

La forme de la mise en œuvre est tout d'abord diverse. Le rapport a identifié, sur les 21 Etats qui ont fait état d'une mise en œuvre de l'accord, trois groupes: le premier est constitué de 9 Etats qui ont concrétisé l'accord-cadre par des accords collectifs, nationaux ou intersectoriels pour la plupart, le second est constitué de 6 Etats qui ont adopté des mesures non contraignantes, comme des directives, des codes ou des recommandations sur le télétravail et un troisième groupe est constitué d'Etats qui ont adopté des mesures législatives²³⁷. Des formes contraignantes de réglementations ont donc été adoptées dans 15 Etats, alors que des formes non-contraignantes dans six.

Des accords collectifs au niveau national ou interprofessionnel ont été conclus dans 7 Etats. Parmi eux, la France, la Belgique et le Luxembourg ont étendu l'accord par une décision étatique, celui-ci s'appliquant dès lors à tous les travailleurs. Des accords sectoriels complétant l'accord national ont été conclus au Danemark, en Italie et en Espagne. Enfin, l'Autriche a mis en œuvre l'accord par des accords sectoriels qui existaient toutefois déjà avant la signature de l'accord-cadre. L'Allemagne se distingue par une mise en œuvre qui privilégie les accords d'entreprise.

Sur le contenu des réglementations²³⁸, le rapport relève que toutes garantissent d'une manière ou d'une autre le caractère volontaire du télétravail. L'application des mêmes règles à tous les travailleurs est également largement affirmée. L'isolation sociale du télétravailleur est parfois traitée, le Portugal ayant par exemple instauré une obligation de l'employeur de promouvoir le contact social et certains accords collectifs en Allemagne établissant la participation régulière à des réunions en entreprise. La plupart des réglementations affirment l'application des règles sur le temps de travail. La suppression des suppléments en cas d'heures supplémentaires effectuées la nuit, le week-end et pendant les vacances, ou en dehors des horaires usuels de travail, est parfois prévue, le but étant visiblement de dissuader les télétravailleurs de travailler à toute heure ou sans arrêt²³⁹. Que les règles sur la santé et la sécurité au travail doivent être appliquées de la même manière aux télétravailleurs ne fait pas de doute, même si la question de leur mise en œuvre, en particulier au domicile du travailleur, se pose.

Des évolutions ont eu lieu depuis 2010. Ainsi, la France a adopté une législation sur le télétravail en 2012, ce qui modifie la répartition des Etats dans les trois groupes identifiés dans le rapport. Ainsi, ils ne sont plus que 8 à suivre la voie des accords collectifs et 7 à avoir adopté une législation. Ce changement modifie également un élément analytique consistant à dire que les Etats ayant adopté une législation sont ceux qui n'ont pas de forte tradition de

²³⁶ WELZ, Christian/WOLF, Felix, *Telework in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions 2010

²³⁷ WELZ/WOLF, 9. Font respectivement partie de ces groupes: Autriche, Allemagne, Danemark, Italie, Espagne, Grèce, France, Belgique, Luxembourg pour le premier; Finlande, Irlande, Lettonie, Pays-Bas, Suède et Royaume-Uni pour le second; Tchéquie, Hongrie, Pologne, Portugal, Slovaquie et Slovénie pour le troisième

²³⁸ WELZ/WOLF, 15-18

²³⁹ Dans le même ordre d'idées, certaines entreprises éteignent ou bloquent leurs serveurs pendant la nuit.

partenariat social. La France a également adopté, dans sa dernière grande réforme du code du travail, des dispositions visant une «Adaptation du droit du travail à l'ère du numérique»²⁴⁰, qui comprennent notamment un droit à la déconnexion pour les salariés.

Le gouvernement allemand a également adopté en octobre 2014 une révision des ordonnances sur la protection des travailleurs, l'un des buts poursuivis étant de déterminer les règles applicables aux postes de télétravail²⁴¹. Le projet répond aux besoins de régulation exprimés en définissant d'une part le télétravail comme un poste de travail informatisé se trouvant dans les locaux privés du travailleur et mis en place par l'employeur²⁴². Cette définition est le pendant du poste de travail informatisé (*Bildschirmarbeitsplatz*, §1, al. 5 du projet), qui ne peut se trouver d'après la notion choisie que dans les locaux de travail. Le projet, fort du constat que le pouvoir de contrôle de l'employeur est limité, énumère d'autre part les règles qui s'appliquent au télétravail (Art. 1, n. 2, §2, al. 3 du projet). L'employeur a ainsi pour devoir d'évaluer les risques pour la sécurité et la santé du travailleur, de l'instruire et de prendre les mesures prescrites pour l'aménagement des postes de travail informatisés²⁴³. Ce projet démontre d'une part l'actualité des questions qui se posent en matière de télétravail et d'autre part que l'Allemagne, identifiée comme un Etat ayant pris principalement la voie de la régulation par des accords d'entreprise, discute également de mesures législatives. Le projet est toutefois fortement contesté, en particulier par le patronat, également en raison de dispositions qui n'ont pas trait au télétravail²⁴⁴. La problématique de la mise en œuvre des prescriptions de protection est en particulier relevée et notamment les éventuelles exigences que l'employeur devra poser à l'aménagement du domicile du travailleur voire le refus du télétravail faute de garantie suffisante de sécurité et de protection de la santé²⁴⁵.

Les Pays-Bas, pays qui a opté pour des mesures non-contraignantes de mise en œuvre de l'accord-cadre, a adopté une modification législative significative datée du 9 juin 2015²⁴⁶. Cet Etat a introduit, dans l'optique d'une flexibilisation des conditions de travail qui doit bénéficier aux personnes soutenant des proches dépendants, un droit au télétravail. Le travailleur introduit une demande que l'employeur ne peut refuser que pour des motifs énumérés dans la loi, pour peu bien sûr que la fonction soit compatible avec le télétravail. Les Pays-Bas se distinguent par ailleurs par l'un des taux de télétravail les plus élevés en Europe²⁴⁷.

8.2 Hors Union européenne

En dehors de l'Union européenne, le législateur fédéral américain a adopté une loi en 2010 autorisant et fixant les conditions du télétravail pour le personnel fédéral²⁴⁸. Cette loi enjoint aux agences fédérales d'édicter des directives sur la pratique du télétravail. Elle leur demande de désigner une personne responsable des questions de télétravail et institue une formation au télétravail. Elle prévoit que le télétravail repose sur un accord écrit quelle que soit la forme de télétravail adoptée (régulier, occasionnel, etc.).

²⁴⁰ Loi no 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3, art. 55ss

²⁴¹ Verordnung zur Änderung von Arbeitsschutzverordnungen, 30.10.14, Drucksache 509/14

²⁴² Art. 1, n. 2, § 2, al. 7 du projet

²⁴³ Projet, p. 22

²⁴⁴ Voir Bundesvereinigung der Deutscher Arbeitgeberverbände (BDA Die Arbeitgeber), Stellungnahme zum Verordnungsentwurf zur Änderung von Arbeitsschutzverordnungen (Bundsrats-Drucksachen 509/14 und 509/14 (B)) 12. Januar 2015 et Die Zeit-Online «Kanzleramt legt Nahles'Arbeitsstättenverordnung auf Eis», 26.2.15 et la règle évoquée sur l'obligation de prévoir sur la place de travail un casier qui puisse être fermé à clé.

²⁴⁵ BDA, Stellungnahme, *op.cit.*, p. 2

²⁴⁶ 245 Wet van 9 juni 2015 tot wijziging van de Wet aanpassing arbeidsduur ten einde flexibel werken te bevorderen, disponible sous https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20150625/publicatie_wet/document3/f=/v1v1bblkhfw9.pdf. Voir aussi, Benjamin Dürr, Neues Gesetz in den Niederlanden - Ich will Heimarbeit - du darfst, Spiegel Online, 14 avril 2015

²⁴⁷ WELZ/WOLF, 4-5

²⁴⁸ Telework Enhancement Act of 2010, Public Law 111-292

9 Point de vue des partenaires sociaux

Pour compléter la rédaction du présent rapport, l'administration a consulté l'Union patronale suisse et l'Union syndicale suisse de manière informelle pour connaître leur point de vue sur le thème du télétravail. L'administration a soumis certaines questions à ces organisations, qui restaient toutefois libres du contenu et de la forme de leur prise de position.

Une première question se rapportait à l'appréciation générale du phénomène du télétravail. Une seconde question concernait les éventuels domaines posant le plus problème en matière de télétravail. La troisième question se rapportait à la manière de réguler le télétravail, au vu de la démarche adoptée dans l'Union européenne (accord-cadre au niveau européen entre les partenaires sociaux et mise en œuvre dans les Etats membres par la voie législative, des conventions collectives ou d'instruments non contraignants ; voir ch. 8.1). L'hypothèse d'un accord-cadre au niveau national, certes étranger aux pratiques suisses, a été avancée.

Tant l'Union patronale suisse que l'Union syndicale suisse portent, sur le principe, un regard positif sur le télétravail, l'Union syndicale suisse estimant que les conditions-cadres doivent être réglées pour que les effets positifs puissent se déployer.

L'Union patronale suisse soutient le développement de modèles de travail flexible comme le télétravail à domicile ou toute autre forme de flexibilité quant au lieu ou au temps de travail. L'Union patronale suisse y voit un effet du marché du travail flexible en Suisse, celui-ci permettant aux entreprises de développer des modèles de travail flexibles adaptés à leurs besoins. Les problèmes qui peuvent se présenter se règlent au niveau de l'entreprise. Les employeurs et les travailleurs trouvent des solutions qui conviennent aux deux parties. De même, les règles légales actuelles du code des obligations et de la loi sur le travail s'appliquent en principe. De nouvelles réglementations légales ne sont donc pas nécessaires et pourraient entraver les possibilités pour chaque entreprise de développer des modèles de travail flexible qui lui conviennent. Les solutions diffèrent à cet égard suivant que l'entreprise est petite ou grande. Un accord-cadre au niveau national ne permettrait ainsi pas de prendre en compte les spécificités de chaque entreprise et pourrait faire obstacle à des accords passés à ce niveau.

L'Union syndicale suisse voit le télétravail comme un phénomène positif s'il est effectué sur une base volontaire et en cas de besoin du travailleur et si l'on agit contre les risques inhérents à cette forme de travail et si on les neutralise. L'Union syndicale voit principalement des problèmes dans les domaines suivants :

- Responsabilité, usage d'appareils privés et protection des données : Les risques liés à l'utilisation de matériel informatique hors du bureau, que ce soit les coûts d'acquisition et l'usure, les dommages causés ou la perte ou le vol de données, sont divers et spécifiques à cette nouvelle forme de travail. Des règles spécifiques n'existent pas et les règles générales actuelles ne donnent pas de solutions claires et simples. De ce fait, une réglementation spéciale est nécessaire, à l'image des règles existant pour le travail à domicile. Celles-ci peuvent être revues et étendues aux nouvelles formes de travail comme le télétravail, notamment à domicile.
- Contrôler le respect des règles de droit public de protection de la santé est très difficile voire impossible en cas de télétravail. Des solutions doivent être trouvées et des règles spéciales édictées.
- Mélange entre temps de travail et temps libre et problème de leur délimitation.
- Isolation sociale du télétravailleur
- L'activité et la communication syndicale sont rendues plus difficiles si l'accès à l'intranet ou aux adresses électroniques des travailleurs n'est pas accordé par l'employeur. Le

droit à informer fait pourtant partie de l'activité syndicale garantie par la constitution et les conventions de l'OIT.

- Activité salariée ou indépendante, «pseudo-indépendance» : le risque de voir des personnes travailler pour un seul employeur, être intégrées dans son organisation sans avoir de contrat de travail est nettement plus grand avec le télétravail. Ce phénomène est destiné à prendre de l'ampleur avec le développement des plates-formes internet et du *crowdworking*. La question de l'utilisation du télétravail et de la «pseudo-indépendance» comme moyens de dumping social et salarial se pose.
- Application du droit suisse : l'engagement de travailleurs étrangers à distance ne doit pas permettre d'écarter l'application du droit suisse. La régulation de ces situations doit être abordée, un for en Suisse garanti, de même l'application du droit suisse, y compris des mesures d'accompagnement.

L'Union syndicale suisse voit les problèmes les plus aigus dans l'absence de règles spéciales sur les questions de responsabilité et de matériel, dans le respect des règles de protection de la santé, dans le phénomène de «pseudo-indépendance» et dans l'exécution des mesures d'accompagnement.

L'Union syndicale suisse est favorable à une régulation par le biais de conventions collectives. En l'absence de conventions collectives, les conditions-cadres minimales du télétravail (caractère volontaire, respect de la protection de la santé, etc) doivent faire l'objet d'une réglementation légale subsidiaire.

10 Synthèse

Cet examen nous permet de répondre aux interrogations du postulat 12.3166 Meier-Schatz: tout d'abord par rapport au phénomène du télétravail (ch. 10.1), puis à ses avantages et désavantages (ch. 10.2) et enfin aux problèmes juridiques existants (ch. 10.3 à 10.5).

10.1 Phénomène du télétravail

Nous constatons tout d'abord qu'il y a bien eu un développement significatif du télétravail depuis le début des années 2000. Toutefois, cette forme de travail ne s'est pas généralisée pour le moment. Les données à notre disposition sont par ailleurs limitées et d'un maniement difficile au vu des diverses notions de télétravail qui peuvent être adoptées. En particulier, les chiffres à disposition ne permettent pas de connaître l'étendue du télétravail à domicile régulier, qui n'est pas recensé séparément s'il représente moins de la moitié de l'activité. Nombre de données manquent également pour connaître les motivations exactes qui poussent à faire du télétravail, notamment en termes de conciliation entre travail et famille.

Ce développement reste tout de même bien marqué et il l'est d'autant plus que l'approche est large et comprend des formes de télétravail partiel ou occasionnel. Le télétravail partiel peut par exemple se limiter à l'utilisation d'un smartphone pour être joignable ou consulter sa boîte aux lettres électronique. Le télétravail est occasionnel s'il se réduit par exemple à travailler de temps en temps dans le train ou à la maison.

Le présent rapport a pris en compte le lien entre télétravail, flexibilisation du temps de travail et plus grande d'autonomie organisationnelle pour le travailleur.

Le déclin du travail à domicile au sens traditionnel et l'essor parallèle du télétravail, tel qu'évoqués dans le postulat, sont également à confirmer. Nous constatons en effet que, alors que le télétravail a connu un développement clair qui est lié aux évolutions des technologies de l'information et de la communication, le travail à domicile au sens traditionnel a

quant à lui reculé pour ne représenter qu'une forme marginale de travail aujourd'hui. Il n'y a toutefois pas de remplacement d'une forme de travail par l'autre. Le télétravail concerne en effet surtout des activités intellectuelles ou administratives pouvant être accomplies à l'aide d'un ordinateur, alors que le travail à domicile s'est avant tout développé en lien avec des tâches artisanales ou manufacturières. Les arrière-plans historiques, économiques et sociaux de ces deux formes de travail sont également différents. Le travail à domicile traditionnel a concerné une population avant tout féminine, à la recherche d'un revenu d'appoint, très dépendante de la personne qui lui donne les mandats. Les conditions de travail et de rémunération étaient problématiques à divers égards. Le travail à domicile s'est aussi établi en dehors du développement des fabriques et de la protection des travailleurs qui y était liée. Le télétravail est quant à lui une forme récente de travail liée aux progrès technologiques et aux possibilités de communiquer à distance avec l'organisation employeuse et de se connecter à son réseau informatique. Il concerne surtout une population plus qualifiée, qui est généralement déjà intégrée dans le système de protection découlant du droit du travail et des assurances sociales et qui souvent travaille déjà dans les locaux de l'organisation. Ces différences n'excluent pas que certaines problèmes similaires puissent se poser du fait que ce sont deux formes de travail à distance.

10.2 Avantages et désavantages

Les avantages potentiels du télétravail sont en principe reconnus, que ce soit pour les employeurs, les travailleurs ou la collectivité: moindres coûts, meilleure productivité, motivation des collaborateurs qui gagnent en autonomie, avantages de la flexibilité, en particulier conciliation travail et famille, politique des transports, environnement et aménagement du territoire. Des controverses existent toutefois, comme sur la nécessité ou non de la présence physique des personnes qui travaillent pour les échanges de groupe et l'innovation.

Le télétravail peut constituer un instrument pour réaliser ces objectifs mais pas nécessairement le seul. La conciliation entre travail et famille peut par exemple être réalisée dans une organisation au moyen d'autres mesures ou en combinaison avec elles, la promotion du temps partiel par exemple.

Le télétravail amène aussi avec lui une série de risques qui peuvent avoir pour effet de s'opposer ou d'annuler les avantages escomptés. Il nécessite du côté de l'employeur un série de mesures organisationnelles, que ce soit en termes d'acquisition de matériel, de sécurité et de confidentialité des données ou de définition de nouveaux processus de travail et de manière de diriger les collaborateurs. Il implique pour les travailleurs un effacement des limites entre sphères privée et professionnelle qui a plusieurs dimensions: une dimension spatiale, les lieux de travail devenant divers et pas nécessairement adaptés, ce qui implique des risques accrus en termes de santé au travail; une dimension temporelle caractérisée par une délimitation plus floue voire inexistante entre temps de travail et temps libre, la fait d'être connecté en permanence pouvant inciter à travailler en tout temps et à ignorer les pauses, le repos nocturne, quotidien ou hebdomadaire ainsi que les vacances; et enfin, une dimension sociale, puisque l'univers professionnel et l'univers privé, notamment familial, se trouvent mêlés. Ces risques, s'ils ne sont pas bien gérés, constituent des freins au développement du télétravail qui peuvent empêcher la réalisation des effets bénéfiques espérés, également au niveau de la collectivité. La réussite du télétravail dépend donc d'une part du choix de l'introduire là où il est le plus adapté et le plus bénéfique et d'autre part d'accompagner son introduction par des mesures qui permettent d'éviter ou d'atténuer les risques.

La question se pose alors de savoir si la gestion de ces avantages et désavantages doit être laissée au libre choix des organisations et des travailleurs ou si une forme de régulation est

nécessaire appelant le cas échéant la collectivité à prendre des mesures. Dans la mesure où la collectivité est appelée à intervenir, les mesures peuvent viser à pallier aux obstacles existants ou à encourager l'introduction du télétravail. Des conclusions ne seront pas prises dans le présent rapport sur tous les domaines touchés ni sur des mesures qui auraient pour but d'encourager le télétravail. Nous nous limitons ici aux problèmes juridiques du domaine du droit du travail et accessoirement du droit des assurances sociales et du droit fiscal.

10.3 Problèmes juridiques en droit du travail

Les risques liés au télétravail peuvent être juridiques dans la mesure où la législation existante ne permet pas de répondre de manière satisfaisante à certains problèmes que pose cette nouvelle forme de travail. Le présent rapport a examiné principalement le droit du travail et accessoirement le droit des assurances sociales et le droit fiscal. Nous pouvons résumer les constatations qui ont été faites comme suit.

10.3.1 De manière générale

Le droit en vigueur ne contient pas de règles spécifiques au télétravail.

Dans l'ensemble, les règles en vigueur permettent d'appréhender cette nouvelle forme de travail. Toutefois, certains points peuvent poser problème. Nous nous efforçons de les énumérer ci-après.

10.3.2 Insuffisances sur des points particuliers

10.3.2.1 En général

Les points ci-dessous sont identifiés comme problématiques dans la mesure où la réglementation en vigueur n'est pas satisfaisante et que par conséquent une autre réglementation mérite un examen plus approfondi. La réglementation peut prendre plusieurs formes. Outre des règles légales spéciales pour le télétravail, une réglementation par le biais de conventions collectives de travail est également envisageable. Elle pourrait ainsi se limiter aux branches les plus concernées par le télétravail et permettrait d'adopter des règles différenciées. Un accord au niveau national entre les partenaires sociaux, similaire à celui qui a été conclu dans l'Union européenne, n'est pas usuel en Suisse et n'emporte pas les faveurs des partenaires sociaux consultés, même s'il n'est théoriquement pas exclu. Enfin, exiger une réglementation dans le contrat individuel de travail est également une option dans la mesure où les possibilités de décisions unilatérales seraient écartées. Cette approche, préconisée par le postulat lorsqu'il avance qu'«il devrait être possible de faire en sorte que l'employeur précise expressément dans le contrat de travail les conditions dans lesquelles ce télétravail est exécuté.», est d'intérêt dans la mesure où elle enjoint aux parties de régler certains points mais leur laisse la flexibilité de poser les règles qui leur conviennent. Un inconvénient de cette approche est la difficulté de fixer les conséquences et les sanctions si un accord n'est pas conclu. Il serait par exemple inadéquat d'interdire la pratique du télétravail s'il n'est pas prévu dans un accord, le cas échéant écrit. Dans certains cas, une approche équivalente pourrait consister à prévoir des règles de droit dispositif auxquelles il ne peut être dérogé que par accord écrit. Dans ce cas, en l'absence d'accord écrit, c'est la règle de droit dispositif qui s'applique.

10.3.2.2 Législation existante sur le travail à domicile et définition du télétravail

L'existence d'un corps de règles complet et assez détaillé relatif au travail à domicile doit être interrogée au vu de l'évolution du télétravail et du recul du travail à domicile. La législation spéciale sur le travail à domicile ne s'applique pas au télétravail pour ce qui est du droit public et ne s'applique que ponctuellement voire rarement en ce qui concerne les règles sur le contrat de travail à domicile. Or, même si ces deux formes de travail sont différentes, elles présentent des points communs qui font que certaines règles en matière de travail à domicile peuvent être pertinentes pour le télétravail. Il faut donc se demander si une refonte de ces règles ne s'impose pas en vue d'y intégrer le télétravail.

La remise en question de la législation existante sur le travail à domicile va poser la question de la définition du télétravail. Nous avons vu que le télétravail peut se définir de manière large, qui inclut toute forme de travail à distance, ou de manière plus stricte si la communication ou la transmission de données au moyen des technologies de l'information et de la communication est exigée en plus du travail à distance. Le télétravail peut également être limité à la délocalisation d'une place de travail en dehors des locaux de l'organisation ou au télétravail régulier. Des formes partielles ou occasionnelles de travail à distance peuvent au contraire être incluses. Il y a enfin diverses formes de télétravail: à domicile, dans des bureaux satellites ou en déplacement.

10.3.2.3 Droit ou obligation de faire du télétravail ? Accord préalable

Une tendance claire qui se dégage de l'analyse est le libre choix de faire ou non du télétravail. Une conséquence qui pourrait en être tirée serait que le télétravail repose sur un accord de préférence explicite entre les personnes concernées, éventuellement écrit, ce qui exclurait d'imposer cette forme de travail de manière unilatérale ou d'en faire un droit pour les travailleurs.

10.3.2.4 Protection de la santé et temps de travail

La protection de la santé et le temps travail ont une importance centrale dans la problématique du télétravail. Cela provient du lien entre télétravail et flexibilisation des rapports de travail. La flexibilisation touche naturellement le lieu de travail mais également le temps de travail et les horaires. Si les règles du code des obligations et de la loi sur le travail ou de la loi sur l'assurance-accidents semblent assez générales et flexibles pour s'adapter à cette nouvelle réalité, les règles des ordonnances, plus détaillées et concrètes, se réfèrent plus clairement à une organisation classique du travail où l'employeur a le pouvoir de concevoir les locaux de travail.

La possibilité d'aménager et d'interpréter les règles existantes pour dégager les prescriptions adéquates pour le télétravail mérite donc d'être examinée de plus près. La nécessité d'adopter des règles de concrétisation spécifiques au télétravail devrait le cas échéant être évaluée. Et ce d'autant plus que la LTrD prévoit déjà des règles spéciales pour le travail à domicile au sens traditionnel. Nous sommes donc en présence d'une réglementation spéciale pour une forme de travail qui a presque disparu, alors que le télétravail n'est pas spécialement appréhendé par le droit en vigueur alors que cette forme de travail a connu un net développement ces dernières décennies.

La mise en œuvre des règles légales par l'employeur et par les autorités pose également problème. La mise en œuvre nécessite un contrôle qui devrait le cas échéant se faire au domicile du travailleur. Elle requiert aussi peut-être un aménagement de la place de travail. Un télétravailleur qui est mobile doit aussi pouvoir être contrôlé. Lorsqu'une partie des activi-

tés s'exercent à l'étranger, l'application des règles suisses ou étrangères et la compétence des autorités suisses viennent s'ajouter à la problématique.

Il ne serait donc pas superflu d'examiner dans ce domaine des possibilités de concrétiser les règles générales par des règles spéciales spécifiques au télétravail. Cet examen pourrait se fonder dans l'examen de la législation actuelle sur le travail à domicile et de la portée qu'elle doit avoir.

10.3.2.5 Fourniture du matériel, infrastructure et frais

Les règles en vigueur sont de nature générale et en principe adaptables au télétravail. Les règles actuelles posent toutefois plusieurs questions. La possibilité d'accords dérogatoires permettant de mettre les frais liés au matériel et aux instruments de travail à la charge du collaborateur doit tout d'abord être interrogée. En particulier, les règles en vigueur posent certains problèmes de délimitation (art. 327 et 327a CO) et comprennent une réglementation - impérative - en cas d'usage mixte de véhicules privés ou professionnels qui pourrait servir d'analogie pour le télétravail dès le moment où le travailleur utilise son matériel aussi à des fins privées (art. 327b CO). A cela s'ajoute une règle spéciale - également impérative - en matière de travail à domicile qui déroge au régime du CO (art. 5, al. 2, LTrD). En particulier, si l'usage d'appareils privés du travailleur pour son travail n'est pas problématique, la règle autorisant de faire porter la charge des frais au travailleur, prévue à l'art. 327, al. 2, CO, ne pouvait avoir en vue la situation actuelle, où les appareils informatiques et de télécommunication ont pris une grande importance pour le travail et sont des biens qui sont devenus des biens de consommation courante dont la plus grande partie de la population dispose. Ensuite, la portée de l'art. 327a, al. 1, CO peut donner lieu à diverses interprétations en lien avec la nécessité des frais engagés pour faire du télétravail. Suivant l'interprétation choisie, le travailleur devra financer l'activité de télétravail si celui-ci sert son intérêt, l'employeur pouvant se limiter à financer une place de travail dans ses locaux. Le télétravail crée ici une situation nouvelle du fait que le travailleur peut exécuter sa prestation à deux ou plusieurs endroits. La règle de l'art. 327a, al. 1, CO est certes générale, mais son adéquation à cette situation nouvelle doit être interrogée. Enfin, les règles sur le partage des frais n'intègrent pas l'évolution fondamentale que le télétravail amène avec lui, à savoir l'effacement des frontières entre ce qui est professionnel ou privé. Ainsi, si l'usage d'un véhicule privé est réglé dans la loi, celui de locaux ou de matériel privés ne l'est pas et n'était d'ailleurs probablement pas envisageable lorsque ces règles furent adoptées. La démarche du législateur lors de la révision totale du droit du travail est d'ailleurs à relever, puisque l'art. 327b CO a généralisé une règle qui existait pour les seuls voyageurs de commerce, sur la base du constat que, la motorisation s'étant fortement développée, beaucoup d'autres travailleurs utilisent aussi leurs véhicules à moteur²⁴⁹.

10.4 Assurances sociales et droit fiscal

Le télétravail n'affecte pas fondamentalement les régimes d'assurances sociales et d'imposition. En particulier, nous ne constatons pas que la délimitation entre activité dépendante et indépendante se déplace par l'effet du télétravail. La pratique actuelle en matière de déductions fiscales peut être qualifiée de restrictive au vu du télétravail alterné, forme qui s'impose le plus aujourd'hui. C'est une question politique de savoir si des déductions fiscales doivent être admises pour toutes les formes de télétravail, indépendamment de la possibilité pour le travailleur d'utiliser les locaux et le matériel sur le site de l'organisation qui l'emploie. Cette

²⁴⁹ Message 1967, 350

question doit être vue, nous l'avons relevé, en lien avec la question de la charge des frais. Ce ne sont en effet que les frais qui sont à charge du travailleur qui peuvent être déduits des impôts.

10.5 Situations internationales

Les situations internationales posent enfin diverses questions. En particulier, le respect des règles de droit public du travail suit le principe de territorialité et ne peut être imposé au-delà des frontières suisses. Ces questions pourront être résolues par l'application de règles générales qui semblent a priori permettre une adaptation au télétravail, en droit privé notamment en lien avec la notion de lieu habituel de travail. Par ailleurs, une partie de ces règles se trouvant dans la convention de Lugano, une modification impliquerait un processus de négociation multilatéral complexe.

11 Conclusion

Le Conseil fédéral constate le développement du télétravail sous ses diverses formes. En principe, ce développement est positif au vu des nombreux avantages potentiels que présente cette forme de travail. Le Conseil fédéral note toutefois également les risques liés à cette forme de travail, qui doivent être pris au sérieux.

Le Conseil fédéral ne se prononce pas dans le présent rapport sur l'opportunité de prendre des mesures pour encourager le télétravail, notamment en termes de conciliation entre travail et famille. Il se limite ici au cadre juridique. Sur le principe toutefois, le développement du télétravail relève avant tout de choix à faire par les organisations et les personnes qui travaillent.

S'agissant de la réglementation juridique, les règles générales du droit du travail permettent de manière générale de répondre aux problèmes nouveaux posés par le télétravail. Une question se pose toutefois en rapport avec la législation existante en matière de travail à domicile. L'opportunité d'étendre ces règles spéciales ou certaines d'entre elles au télétravail mérite d'être examinée. Le cas échéant, la définition du télétravail serait à déterminer. Certains points mériteraient de plus d'être examinés de plus près: accord pour faire du télétravail, protection de la santé et temps de travail et question du matériel, des infrastructures et des frais.

Une modification de la pratique fiscale actuelle dans le but de favoriser la pratique du télétravail nécessite une décision politique. Les situations internationales de télétravail sont régies par les règles générales qui donnent des réponses aux problèmes qui se posent. Enfin, des données plus précises sur le télétravail seraient souhaitables, notamment s'agissant du télétravail régulier.

12 Bibliographie

- ANDERMATT, Arthur, Liberté syndicale et droit de grève, in: Droit collectif du travail, Andermatt et al. (éds.), Bâle 2009, 5 ss
- AUBERT, David, Art. 344 à 355, in DUNAND, Jean-Philippe / MAHON, Pascal (éds.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013
- AUBERT, Gabriel, Commentaire des art. 319 à 362 CO, Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2^e éd., THEVENOZ, Luc / WERRO, Franz (éds.), Bâle 2012 (cité : CR-AUBERT)
- AUBERT, Gabriel, Le contrat de travail à domicile, Fiches juridiques suisses, 771, août 1983 (cité : AUBERT [Travail à domicile])
- BELSER, Urs, Das Recht auf Auskunft, die Transparenz der datenverarbeitung und das Auskunftsverfahren, in. SCHWEIZER, Rainer J. (éd.), Das neue Datenschutzgesetz des Bundes, Zurich 1993, 55 ss
- BERANEK ZANON, Nicole, Bring your own device (BYOD) aus rechtlicher Sicht, Jusletter IT, 12 septembre 2012
- BEYELER, Jean-Marc, Le télétravail, Questions de droit 2002, 3 ss
- BIRKHÄUSER, Nicolas / HADORN, Marcel, BYOD - Bring your own device - Private Smartphones im geschäftlichen Arbeitsumfeld, RSJ 2013, 201 ss
- BRUNNER, Christiane / BÜHLER, Jean-Michel / WAEBER, Jean-Bernard / BRUCHEZ, Christian, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., Lausanne 2010
- BRUNOLD, Fadri, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, Berne 2014
- BUSER, Martine / POSCHET, Lena / PULVER, Bernhard, Télématique et nouvelles formes de travail, Etude pour le Technology Assessment - Conseil suisse de la science, septembre 1999
- CARCAGNI ROESLER, Romina, Home Office, ArbR 2014/2015, 71 ss
- CFF/SWISSCOM (étude réalisée par WEICHBRODT, Johann / SPRENGER, Martin / STEFFEN, Martin / TANNER, Alexandra / MEISSNER, Jens O. / SCHULZE, Hartmut) WorkAnywhere, Berne 2013, disponible sous [http://documents.swisscom.com/product/1000174-Internet/Documents/Worksmart/WorkAnywere Studie/WorkAnywhere Studie-de.pdf](http://documents.swisscom.com/product/1000174-Internet/Documents/Worksmart/WorkAnywere%20Studie/WorkAnywhere%20Studie-de.pdf) (vérifié le 12.09.2016)
- DOMENIG, Pascal, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Berne 2016
- DUNAND, Jean-Philippe, Internet au travail: droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in: DUNAND, Jean-François / MAHON, Pascal (éds.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, 33 ss
- DUNAND, Jean-Philippe, Art. 328 à 328b, in: DUNAND, Jean-Philippe / MAHON, Pascal (éds.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013
- ECOPLAN, Verkehrsinfrastrukturen smarter nutzen dank flexibler Arbeitsformen, Schlussbericht, 7 septembre 2015, disponible sous: https://www.be.ch/portal/de/index/mediencenter/medienmitteilungen.meldungNeu.html/portal/de/meldungen/mm/2015/08/20150820_1133_die_taeaglichen_verkehrsspitzenbrechen (vérifié le 12.09.2016)

EUROFOUND, New forms of employment, Luxembourg 2015, disponible sous <http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment> (vérifié le 12.09.2016)

FANTI, Sébastien, Bref aperçu des aspects légaux du BYOD (Bring Your Own Device), in: DUNAND, Jean-François / MAHON, Pascal (éds.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, 165 ss

FRANZ WALDNER, Caroline, Die Heimarbeit aus rechtlicher und historischer Sicht, Bâle 1994

GEISER, Thomas, Neue Arbeitsformen - Flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, PJA 1995, 557 ss (cité: GEISER [PJA, 1995])

GEISER, Thomas, Commentaire des art. 1 à 5 LTr, in: GEISER, Thomas / VON KAENEL, Adrian / WYLER, Remy (éds.), Arbeitsgesetz, Berne 2005 (cité: GEISER [Arbeitsgesetz])

JAEGER, Carlo, Telearbeit: Altes Recht für neue Arbeit? in: REHBINDER, Manfred (éd.), Flexibilisierung der Arbeitszeit, Berne 1987, 93 ss

JURCZYK, Karin, La famille dans un nouveau monde du travail - défi pour une politique familiale durable, in Commission fédérale de coordination pour les questions familiales (COFF), Du temps pour les familles ou comment concilier vie familiale et vie professionnelle: le problème vu sous l'angle de la politique familiale, Berne 2004, 109 ss

LETSCHE, Thomas, Rechtliche Aspekte von Work-Life-Balance, Berne 2008

MAECHLER HERDEWYN, Valérie, Le télétravail, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale N° 35-2005, 129 ss

MEIER, Anne, L'engagement de musiciens: contrat de travail ou contrat d'entreprise? - Etude des contrats de service en droit suisse et américain, Genève 2013

MEIER, Philippe, Protection des données, Berne 2010

METILLE, Sylvain, La surveillance électronique des employés, in: DUNAND, Jean-François / MAHON, Pascal (éds.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, 99 ss

MEYER, Barbara / STOJILIKOVIC, Mladen, Commentaire des art. 18 à 21 de la convention de Lugano, in: OETIKER, Christian / WEIBEL, Thomas, Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 2^e éd., Bâle 2016

NIGGLI, Marcel Alexander / MAEDER, Stefan, Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit, PJA 2014, 1463

OBERSON, Xavier, Précis de droit fiscal international, Berne 2014

ORDOLLI, Geneviève, Intranet et internet dans les rapports collectifs de travail - Etude de droit suisse et comparé, Genève 2013 (cité : ORDOLLI)

ORDOLLI, Geneviève, Utilisation d'Internet et de l'intranet par les syndicats et les représentants élus des travailleurs, in: DUNAND, Jean-François / MAHON, Pascal (éds.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, 205 ss (cité: ORDOLLI [Utilisation])

PAPA, Roberta / PIETRUSZAK, Thomas, Datenschutz im Personalwesen, in: PASSADELIS, Nicola / ROSENTHAL, David / THÜR, Hanspeter (éds.), Datenschutzrecht, Bâle 2015, 577 ss

PÄRLI, Kurt, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, PJA 2014, 1454 ss (cité: PÄRLI)

PÄRLI, Kurt, Commentaire de l'art. 328b CO, in BAERISWYL, Bruno / PÄRLI, Kurt, Datenschutzgesetz (DSG), Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juli 1992 (DSG), Berne 2015 (cité : PÄRLI, [Datenschutz])

PETER, James Thomas, Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, Zurich 1994

PF PDT (Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence), Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail - Traitement par des personnes privées, octobre 2014 (cité: PF PDT, Traitement des données)

PF PDT (Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence), Guide relatif à la surveillance de l'utilisation d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail - A l'attention de l'économie privée, septembre 2013 (cité: PF PDT, Surveillance)

PF PDT (Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence), Mesures techniques et organisationnelles - Guide, septembre 2011 (cité: PF PDT, Sécurité)

POPMA, Jan, Technostress et autres revers du travail nomade, etui. Working paper 2013.07, Bruxelles 2013, disponible sous <https://www.etui.org/fr/Publications2/Working-Papers/Technostress-et-autres-revers-du-travail-nomade> (vérifié le 12.09.2016)

PORTMANN, Roland, Private Smartphones im Geschäftsumfeld, digma 2012, 42 s.

PORTMANN, Wolfgang / RUDOLPH, Roger, Art. 319-362, in HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / WIEGAND, Wolfgang (éds.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6^e éd., Bâle 2015

PULVER, Bernhard, Aspects juridiques du télétravail, Annexe au rapport «Télématique et nouvelles formes de travail», Conseil suisse de la science et de la technologie, Technology Assessment 35b/2000, janvier 2000

REHBINDER, Manfred, Rechtsprobleme der Telearbeit, in: REHBINDER, Manfred (éd.), Flexibilisierung der Arbeitszeit, Berne 1987, 103 ss

REHBINDER, Manfred, Zur gesetzlichen Begriffsbestimmung des Heimarbeitsvertrags, ArB 1990, p. 79 ss

REHBINDER, Manfred, Kommentar zu den Art. 331-355 OR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt, Berne 1992

REHBINDER, Manfred / STÖCKLI, Jean-Fritz, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Berne 2010

REUTTER, Mark A. / KLAUS, Samuel, Rechtliche Stolpersteine bei «BYOD», digma 2012, 160 ss

RHEINHEIMER, Johannes F. K., Arbeitsrechtliche Fragen nationaler und internationaler Telearbeit in der Europäischen Union an den Beispielen Deutschland und Spanien, Francfort-sur-le-Main 2004

RIESEL MANN-SAXER, Rebekka, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Berne 2002

ROHNER, Tobias F. / MAAS, Sanna, Home Office - arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte, RJS 2015, 325 ss

RUDOLPH, Roger / VON KAENEL, Adrian, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, PJA 2012, 197 ss

- SANER, Corinne Andrea, Telearbeit: Organisationsformen - Rechtsformen, Zurich 1992
- SCHREIBER, René / HONOLD, Kersten A. / JAUN, Roger, Commentaire de l'art. 5 du modèle de convention- de l'OCDE, in ZWEIFEL, Martin / BEUSCH, Michael / MATTEOTTI, René (éds.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht - Internationales Steuerrecht, Basel 2014
- SCHWARB, Thomas M. / VOLLMER, Albert, Verbreitung der Telearbeit in der Schweiz, in REY, Lucienne (éd.), Mobile Arbeit in der Schweiz, Zurich 2002, 31 ss
- SECO, Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, état: février 2016
- SECO. Commentaire des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail, état: août 2016
- SGB/USS, Arbeitszeit kontrollieren statt Burnouts kurieren - Mangelhafter Vollzug der Arbeitszeiterfassung in den Kantonen, Dossier NR. 100, janvier 2014, en particulier ch. 3
- STAEHELIN, Adrian, Der Arbeitsvertrag - Art. 319-330a OR, in GAUCH, Peter / SCHMID, Jörg (éds.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht Teilband V 2c, Zurich/Bâle/Genève 2006
- STAEHELIN, Adrian, Der Arbeitsvertrag - Art. 330b-355, Art. 361-362 OR, in SCHMID, Jörg (éd.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht Teilband V 2c, Zurich/Bâle/Genève 2006
- STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu den Art. 319-362 OR, 7^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012
- SUBILIA, Olivier / DUC, Jean-Louis, Droit du travail - Elements de droit suisse, 2^e éd., Lausanne 2010
- TANNER, Albert, Travail à domicile, Dictionnaire historique suisse, 6.12.2012, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F16213.php> (vérifié le 12.09.2016)
- TA-SWISS (Centre d'évaluation des choix technologiques), MEISSNER, Jens O. / WEICHBRODT, Johann / HÜBSCHER, Bettina / BAUMANN, Sheron / KLOTZ, Ute / PEKRUHL, Ulrich / GISIN, Leila / GISLER, Alexandra (éds.), Flexible neue Arbeitswelt – Eine Bestandsaufnahme auf gesellschaftlicher und volkswirtschaftlicher Ebene, Zurich 2016
- ULICH, Eberhard, Activité lucrative et autres activités de la vie quotidienne - une approche sous l'angle de la psychologie du travail, in Commission fédérale de coordination pour les questions familiales (COFF), Du temps pour les familles ou comment concilier vie familiale et vie professionnelle: le problème vu sous l'angle de la politique familiale, Berne 2004, 55 ss
- VISCHER, Frank / MÜLLER, Roland A., Der Arbeitsvertrag, 4^eme éd., Bâle 2014
- VON KAENEL, Adrian, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, DTA 2009, 1 ss (cité : VON KAENEL, [Ständige Erreichbarkeit])
- VON KAENEL, Adrian, Einseitige Vertragsänderungsrechte des Arbeitgebers, in WYLER, Rémy / MEIER, Anne / MARCHAND, Sylvain (éds.), Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 331 ss (cité: VON KAENEL [Einseitige...])
- WEICHBRODT, Johann / SCHULZE, Hartmut / GISIN, Leila / TANNER, Alexandra / WELGE, Katrina, Forschungsbericht «GeMobAU»: Gestaltung mobil-flexibler Arbeit in grossen und mittleren Unternehmen, Hochschule für Angewandte Psychologie FHNW, Olten 2015. Disponible sous: <http://bit.ly/gemobau> (vérifié le 12.09.2016)
- WEICHBRODT, Johann / TANNER, Alexandra / SCHULZE, Hartmut, Modèle de phases FlexWork : Sondage des entreprises et administrations suisses sur la flexibilité géographique

et temporelle du travail (Management Summary), Fachhochschule Nordwestschweiz Hochschule für Angewandte Psychologie, disponible sous : http://www.fhnw.ch/aps/ifk/projekte/abgeschlossene-projekte/flex_work_phasenmodell (vérifié le 12.09.2016)

WELZ, Christian / WOLF, Felix, Telework in the European Union, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin 2010