

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Entre flexibilité et sécurité

Marthoz, Benjamin

Published in:
DA/OR

Publication date:
2007

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Marthoz, B 2007, 'Entre flexibilité et sécurité: aperçu de la nouvelle législation sur le télétravail', *DA/OR*, numéro 82, pp. 175-195.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Entre flexibilité et sécurité : Aperçu de la nouvelle législation sur le télétravail

par Benjamin MARTHOZ
Avocat au barreau de Luxembourg et chercheur
au Centre de recherche informatique et droit (C.R.I.D.-F.U.N.D.P.)

Résumé

En adoptant la convention collective n° 85 du 9 novembre 2005 concernant le télétravail, les partenaires sociaux ont donné un coup de pouce définitif à la consécration législative du statut des télétravailleurs, en germe depuis l'accord-cadre européen du 16 juillet 2002. Le gouvernement leur a ensuite emboîté le pas en rendant la convention collective obligatoire par l'arrêté royal du 13 juin 2006, la consacrant ainsi comme norme supérieure pour tous les employeurs, désormais tenus de s'y conformer.

Sans imposer une véritable révolution propre au télétravail, la nouvelle législation a le mérite de dégager les principes essentiels à ce type d'organisation du travail, tels que: le caractère volontaire du télétravail, la protection des données à caractère personnel et de la vie privée, les conditions d'emploi et le financement du matériel, sans oublier les problèmes de la santé et la sécurité des télétravailleurs.

La présente contribution tient à présenter les spécificités de la nouvelle réglementation, en insistant sur ses différences par rapport à la législation spécifique du travail à domicile, d'une part, et par rapport au régime de droit commun sur le contrat de travail d'autre part.

Enfin, le télétravail constituant un type d'organisation de la relation de travail particulièrement favorable à la mobilité internationale, les aspects relatifs à la sécurité sociale, au droit fiscal et aux problèmes de conflits de lois et de juridiction seront également abordés (bien que ces problématiques ne soient pas précisément abordées par la nouvelle réglementation).

Samenvatting

Door het aannemen van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 85 van 9 november 2005 betreffende het telewerk hebben de sociale partners een definitieve stap gezet m.b.t. de wetgevende bevestiging van het statuut van de telewerkers, dat in de kiem bestond sedert de Europese raamovereenkomst van 16 juli 2002. De regering heeft hen nadien nog een steun in de rug gegeven door de collectieve overeenkomst verplicht te maken door het koninklijk besluit van 13 juni 2006, waarbij ze als een hogere norm werd vastgesteld voor alle werkgevers die zich voortaan daarnaar zullen moeten richten.

Zonder een werkelijke revolutie op te leggen die eigen is aan het telewerk, heeft de nieuwe wetgeving toch de verdienste om de essentiële principes aan te geven die wezenlijk zijn voor dit type van arbeidsorganisatie, zoals daar zijn : het vrijwillig karakter van telewerk, de bescherming van gegevens met een persoonlijk karakter of die tot de privésfeer behoren, de arbeidsvoorwaarden en de financiering van de uitrusting, zonder de problemen voor de gezondheid en de veiligheid van de telewerkers te verwaarlozen.

Deze bijdrage strekt ertoe de specifieke kenmerken van de nieuwe reglementering voor te stellen door de nadruk te leggen op de verschillen ten aanzien van de specifieke wetgeving op het thuiswerk enerzijds en ten aanzien van het gemeenrechtelijk regime op de arbeidsovereenkomst anderzijds.

Introduction

Depuis de nombreuses années, le cadre général des relations de travail a connu des évolutions importantes répondant à des finalités

principalement socio-économiques : respect de la vie privée des travailleurs, simplification administrative, automatisation des services ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Voy. notamment la loi du 13 février 2005 relative à la simplification administrative, M.B., 23 février 2005 ; arrêté royal du 12 juin 2002 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 81 du 26 avril 2002, conclue au

Un nombre important de ces changements récents sont directement liés à l'apparition, au développement et à l'intégration des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans les environnements de travail, publics ou privés.

Le recours au télétravail n'est donc pas affaire nouvelle. Depuis la fin des années 1980, le «travail à distance» (entendu comme l'exécution du contrat de travail hors des locaux de l'entreprise, ainsi que l'ensemble de ses modalités d'application) connaît une consécration croissante.

D'abord ponctuel et exclusivement contractuel, il s'est progressivement propagé grâce à l'aménagement de cadres juridiques, comme c'est le cas à présent pour le télétravail. Mais même réglementées, ces modalités d'exécution du contrat de travail restaient avant tout contractuelles.

La relation de travail était organisée de manière informelle, c'est-à-dire sans avenant au contrat de travail et en dehors d'un cadre juridique clair permettant à ces travailleurs «à distance» de bénéficier des mêmes acquis que les travailleurs dits «sédentaires», principalement au niveau de la couverture sociale (accident de travail, lieu d'exécution de travail, temps de travail, isolation sociale et professionnelle,...).

En Belgique, cette absence de cadre juridique a été partiellement comblée par la loi du 6 décembre 1996 sur le travail à domicile ⁽²⁾ ⁽³⁾.

Malheureusement, cette législation n'a pas vocation à régulariser la situation de l'ensemble des travailleurs à distance, mais est intervenue principalement, voire exclusivement, pour protéger les travailleurs à domicile occupés de manière précaire dans les secteurs relevant de la manufacture (maroquinerie, textile, cordonnerie,...), et donc principalement des contrats d'emploi d'ouvriers. Elle ne peut donc servir de cadre au développement généralisé du «télétravail» des employés, au moyen des technologies de l'information et de la communication.

Interpellés par ce vide juridique qui impliquait des entraves manifestes à la liberté et à la sécurité des travailleurs, à l'organisation du temps de travail et plus généralement au développement et à la diffusion des nouvelles technologies dans les relations de travail, les partenaires sociaux européens ⁽⁴⁾ se sont réunis et ont conclu un accord-cadre sur le télétravail le 16 juillet 2002 ⁽⁵⁾. Ce dernier, de nature purement contractuelle, s'inscrit dans la philosophie du Livre vert «pour une nouvelle organisation du travail», élaboré par la Commission européenne le 16 avril 1997 ⁽⁶⁾. Afin d'assurer un suivi effectif, les partenaires sociaux se sont engagés à faire introduire dans les législations nationales des États membres les principes arrêtés dans l'accord-cadre ⁽⁷⁾ ⁽⁸⁾.

Prenant conscience de l'importance du télétravail et «considérant que pour tirer le meilleur parti de la société de l'information, il

sein du Conseil national du travail, relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau, *M.B.*, 29 juin 2002.

⁽²⁾ Loi du 16 décembre 1996 relative au travail à domicile, *M.B.*, 24 décembre 1996.

⁽³⁾ Intégrée à la loi sur le contrat de travail du 3 juillet 1978, titre VI, articles 119.1 à 119.12.

⁽⁴⁾ La Confédération européenne des syndicats (C.E.S.), l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe/Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (U.N.I.C.E./U.E.A.P.M.E.) et le Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP).

⁽⁵⁾ Accord-cadre du 16 juillet 2002 sur le télétravail, disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/employment_social/news/2002/jul/telework_fr.pdf.

⁽⁶⁾ Disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/employment_social/labour/docs/wo_greenpaper_fr.pdf, principalement pp. 23-24.

⁽⁷⁾ Lors de la signature de l'accord-cadre sur le télétravail, l'Union européenne ne comptait que 15 membres. Depuis, 10 nouveaux membres ont fait leur entrée dans l'U.E. en 2004, imités ensuite par la Roumanie et la Bulgarie au 1^{er} janvier 2007. Ces 12 nouveaux États membres ont été invités à transposer l'accord-cadre dans leur législation. Au mois de juin 2006, 23 États avaient transposé l'accord-cadre sur le télétravail du 16 juillet 2002 (seuls Chypre, l'Estonie, la Lituanie et la Slovaquie n'avaient pas encore transposé le texte). La Bulgarie et la Roumanie ont débuté des discussions avec les partenaires sociaux.

⁽⁸⁾ Les normes utilisées pour cette introduction ont été laissées à la libre disposition des États membres. Certains ont opté pour des normes non contraignantes (Suède, Pays-Bas, Royaume-Uni, Finlande, Allemagne, Norvège, Irlande, Lettonie et Autriche), d'autres pour des normes contraignantes (Belgique, France, Grèce, Irlande, Tchéquie, Pologne, Hongrie, Danemark, Suède, Portugal, Espagne, Italie et grand-duché de Luxembourg) et d'autres dont l'introduction est en cours (Grèce, Danemark).

convient d'encourager une telle pratique, de façon à ce que la flexibilité et la 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»⁽⁹⁾, la Belgique s'est conformée à l'accord-cadre et l'a introduit dans sa législation au moyen de la convention collective de travail n° 85 du 9 novembre 2005⁽¹⁰⁾. Depuis, celle-ci a été rendue obligatoire par l'arrêté royal du 13 juin 2006⁽¹¹⁾, la consacrant ainsi comme norme supérieure pour tous les employeurs, désormais tenus de s'y conformer.

L'adoption de cette convention collective s'est révélée être un leitmotiv inespéré pour la diffusion du télétravail, alors que tout s'est accéléré dans les mois suivants. Tout d'abord, une proposition de loi sur le «télétravail à domicile» a été déposée devant la Chambre des représentants le 21 avril 2006⁽¹²⁾. Elle reprend une grande partie de la C.C.T. 85, tout en apportant les adaptations indispensables des lois, ainsi qu'un élargissement du champ d'application au personnel statutaire et stagiaire. Comme le signalent les auteurs de la proposition de loi dans son préambule : «la C.C.T. n° 85 est un instrument incontestablement précieux qui n'est nullement remis en question ni annihilé par le biais de la présente proposition de loi⁽¹³⁾». Ces normes seront dès lors appelées à coexister...

Ensuite, la loi du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses⁽¹⁴⁾ a complété la législation applicable au télétravail. Elle introduit de nouveaux articles dans la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail et dans la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail, qui démarquent définitivement (ou supposés tels⁽¹⁵⁾) le «télétravail» du «travail à domicile». En effet, le télétravail est ainsi soumis aux règles générales relatives au contrat de travail⁽¹⁶⁾ alors que le travail à domicile dispose quant à lui d'une réglementation propre.

Enfin, le 22 novembre 2006, le conseil des ministres a approuvé un arrêté royal relatif au télétravail dans la fonction publique fédérale administrative⁽¹⁷⁾.

Face à cette émergence de réglementations appelées à coexister, il convient de signaler que la loi du 3 juillet 1978 est d'application subsidiaire, dès lors qu'il n'y est pas dérogé expressément par l'une ou l'autre de ces nouvelles dispositions.

Le présent article n'a pas vocation à dresser un historique complet du télétravail, de ses distinctions linguistiques⁽¹⁸⁾ et opérationnelles ou de son évolution passée et à venir⁽¹⁹⁾, mais bien de présenter ponctuellement le cadre juridique établi par l'accord-cadre européen et la convention collective de travail n° 85. Le tout se focalisant autour des

(9) Considérant n° 2 de la convention collective de travail n° 85 du 9 novembre 2005 concernant le télétravail (ci-après «la C.C.T. 85»), disponible à l'adresse : <http://www.cnt-nar.be/CCT/cct-85.pdf>.

(10) C.C.T. 85, *cf.* note précédente.

(11) Arrêté royal du 13 juin 2006 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 85 du 9 novembre 2005, conclue au sein du Conseil national du travail, concernant le télétravail, *M.B.*, 5 septembre 2006.

(12) Proposition de loi du 21 avril 2006 sur le télétravail à domicile, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n° 2428/001, disponible à l'adresse : <http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/51/2428/51K2428001.pdf>.

(13) Arrêté royal du 13 juin 2006 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 85 du 9 novembre 2005, résumé, *op. cit.*

(14) *M.B.*, 28 juillet 2006, n° 238, pp. 36940-37012.

(15) Voy. *infra* I.B., les problèmes que soulèvent l'application de ces nouvelles dispositions lorsque le télétravail est effectué à partir du domicile du salarié.

(16) Sous réserve de l'adoption pure et simple de la proposition de loi du 21 avril 2006 sur le télétravail à domicile, qui vise respectivement à modaliser ou exclure, selon les cas, l'application des dispositions générales de droit du travail.

(17) Arrêté royal relatif au télétravail dans la fonction publique fédérale administrative, *M.B.*, 1^{er} décembre 2006, n° 389, pp. 66747-66750.

(18) En effet, dans son rapport «eWork2000», la Commission européenne a retenu une distinction entre cinq formes de télétravail : le télétravail à domicile (*home-based telework*), le télétravail nomade (*mobile telework*), le travail dans le cadre de structures décentralisées que sont les télécentres ou les télécottages (*telework in telework-centres/cottages*), les télétravailleurs indépendants (*telework by self-employed in SOHOs*), le télétravail supplémentaire (*supplementary telework*). Ce rapport est disponible à l'adresse : <http://www.eto.org.uk/twork/tw00/pdf/tw2000.pdf>.

(19) Pour une étude détaillée sur le «télétravail à domicile», voy. l'ouvrage de F. ROBERT, *Le télétravail à domicile*, Bruxelles, Larcier, 2005 ; F. ROBERT, «Les aspects juridiques du télétravail à domicile (II) : état de la question au regard de l'évolution récente de la législation», *Orientations*, n° 1, janvier 2007, pp. 18-25, février 2007, pp. 1-8.

principes essentiels régissant le télétravail et qui sont :

- le caractère volontaire du télétravail;
- les conditions d'emploi;
- la protection des données;
- le domaine de la vie privée;
- les équipements pour l'activité;
- la santé et la sécurité;
- l'organisation du travail;
- la formation des télétravailleurs;
- les droits collectifs des télétravailleurs.

En outre, seront brièvement envisagés certains aspects plus pratiques reflétant les diverses implications du télétravail au niveau de la sécurité sociale, du droit fiscal et du droit international privé.

I. Définition et champ d'application

A. Définition du télétravail et du télétravailleur

Selon les termes de la convention collective, le télétravail est «une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les *technologies de l'information*, dans le cadre d'un *contrat de travail*, dans laquelle un travail, qui *aurait également pu être réalisé* dans les locaux de l'employeur, est effectué *hors de ces locaux* de façon *régulière et non occasionnelle*»⁽²⁰⁾.

Le télétravailleur est quant à lui défini comme «tout travailleur qui effectue du télétravail tel que défini ci-dessus»⁽²¹⁾.

B. Précisions terminologiques et conséquences

Le télétravail, quoi que souvent assimilé au travail à domicile, doit pourtant en être distingué. En effet, le contrat de travail à domicile est le contrat par lequel le travailleur à domicile s'engage, contre rémunération, à fournir un travail sous l'autorité de l'employeur à son domicile ou en tout autre lieu choisi par lui, sans qu'il soit sous la surveillance ou le contrôle direct de son employeur. Le travailleur sera, selon le cas, employé ou ouvrier⁽²²⁾.

Sur la base de leurs seules définitions, les deux notions peuvent déjà être distinguées. D'un côté, le télétravail, bien qu'exécuté à distance et au moyen des technologies de l'information, ne l'est pas nécessairement depuis le domicile du télétravailleur (par exemple, à partir d'un «télécentre»⁽²³⁾). De l'autre côté, un travailleur à domicile effectuera son travail sans avoir recours aux technologies de l'information et de la communication (par exemple, une personne effectuant des travaux de repassage). Par conséquent, il sera question de «télétravail à domicile»⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾ lorsque le télétravailleur exécute effectivement son travail à partir de son domicile personnel.

Il ressort de ces explications que le critère déterminant pour distinguer le travailleur à domicile du télétravailleur⁽²⁶⁾ est que ce dernier fait obligatoirement usage des technologies de l'information (courriel, Internet,...) pour exécuter son contrat de travail.

Il en résulte des conséquences évidentes au niveau juridique. En effet, les articles 119.1 et suivants de la loi sur le contrat de travail ne

⁽²⁰⁾ Article 2 de la C.C.T. n° 85.

⁽²¹⁾ Article 2 de la C.C.T. n° 85.

⁽²²⁾ Article 119.1 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail, introduit par la loi du 6 décembre 1996 relative au travail à domicile.

⁽²³⁾ On entend par «télécentre», un bureau décentralisé du siège central et qui n'appartient pas à l'entreprise. Pour l'Association française du télétravail et des téléactivités (A.F.T.T.), un «télécentre» est «une ressource immobilière et logistique composée de bureaux disposant d'équipements informatiques et de télécommunications, conçus, réalisés et gérés par un opérateur public ou privé, et mis à la disposition de télétravailleurs. Le télécentre est, en général, placé sous la responsabilité d'un gestionnaire juridiquement distinct des entreprises utilisatrices, qui l'entretient et le gère comme un lieu de profit en louant les bureaux et les équipements communs – salles de réunions, photocopieurs, télécopieurs, équipement de visioconférence – aux occupants» (voy. sur le site <http://www.aftt.asso.fr>).

⁽²⁴⁾ Pour une analyse des notions, voy. F. ROBERT, *op. cit.*, pp. 20-30.

⁽²⁵⁾ La proposition de loi du 21 avril 2006 (voy. *supra*) concerne spécifiquement les «télétravailleurs à domicile».

⁽²⁶⁾ En effet, tout télétravail n'est pas spécialement un travail à domicile et vice versa.

trouveront application que lorsque l'on aura affaire à un travail à domicile, alors que le télétravail sera régi par les dispositions de la convention collective de travail. Mais qu'advient-il lorsque le télétravail est effectué à partir du domicile du salarié?

Dans son avis n° 1.528, le Conseil national du travail estimait que «le télétravail ne peut être considéré comme une forme de travail à domicile tel que ce dernier est réglé par le titre VI de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. En effet, hormis le lien de subordination avec l'employeur, les autres dispositions susvisées relatives au travail à domicile ne cadrent pas avec la réalité du télétravail, en particulier avec l'idée exprimée à l'article 7 de la convention collective de travail n° 85 du 9 novembre 2005 concernant le télétravail qui établit une égalité de traitement au plan des conditions de travail entre le télétravailleur et les travailleurs comparables occupés dans les locaux de l'employeur⁽²⁷⁾».

Il ressortait de cet avis du Conseil que le télétravail devait être exclu totalement du champ d'application de la réglementation sur le travail à domicile. Or, adoptant une position intermédiaire plus que surprenante, le législateur a rendu applicables aux télétravailleurs certaines dispositions relatives au travail à domicile, mais les a exclus des principales dispositions caractéristiques de la matière (mentions à faire figurer au contrat sous peine de sanctions,...).

En effet, la loi du 20 juillet 2006 a inséré un §2 à l'article 119.1 de la loi sur le contrat de travail, rédigé comme suit :

«§2. Les articles 119.3 à 119.12 ne sont pas applicables aux travailleurs auxquels s'applique la convention collective sur le télétravail conclue au sein du Conseil national du travail.

Les articles visés à l'alinéa 1^{er} ne sont pas applicables aux travailleurs auxquels la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collecti-

ves de travail et les commissions paritaires ne s'applique pas lorsque ceux-ci sont soumis par le Roi à un régime particulier de télétravail⁽²⁸⁾».

Dès lors, les télétravailleurs à domicile sont désormais repris dans le champ d'application de la réglementation relative au travail à domicile (applicabilité des articles 119.1 et 119.2). En effet, le nouveau §2 de l'article 119.2 de la loi sur le contrat de travail est rédigé comme suit :

«§2. Dans la mesure où, dans le cadre d'un même contrat, seule une partie des prestations d'un travailleur relève du présent titre, les dispositions du présent titre ou de la convention collective de travail visée à l'article 119.1, §2, alinéa 1^{er}, ou des dispositions réglementaires arrêtées conformément à l'article 119.1, §2, alinéa 2, s'appliquent aux prestations qui ont ou qui auraient dû être effectuées à domicile ou dans le lieu choisi par le travailleur, et les dispositions relatives au contrat de travail d'ouvrier ou d'employé aux autres prestations. Ce contrat est, le cas échéant, soumis aux dispositions des articles 119.4 et 119.5⁽²⁹⁾».

Il va sans dire que cette modification législative que le législateur a voulu personnaliser, conduit indubitablement à des situations paradoxales et aberrantes. En effet, «les télétravailleurs à domicile sont exclus des principales dispositions relatives au travail à domicile reprises au titre VI de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, consacré au contrat d'occupation à domicile tout en étant repris dans le champ d'application de ce titre et les *télétravailleurs nomades* – ou pour être plus précis mobiles – travaillant occasionnellement mais régulièrement à domicile et exclus du champ d'application de la C.C.T. n° 85 bénéficient de l'entière des dispositions relatives au travail à domicile⁽³⁰⁾».

Pour le surplus, et pour autant que la convention collective sur le télétravail n'y déroge

(27) Avis n° 1.528 du 9 novembre 2005 sur la mise en œuvre de l'accord volontaire européen sur le télétravail du 16 juillet 2002, disponible à l'adresse suivante : <http://www.cnt-nar.be/AVIS/avis-1528.pdf>.

(28) La loi du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses ne modifie que la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. La loi du 6 décembre 1996 sur le travail à domicile, qui traite également d'autres aspects, reste inchangée.

(29) Article 243 de la loi du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 28 juillet 2006, n° 238, p. 36991.

(30) F. ROBERT, «Les aspects juridiques du télétravail à domicile (I) : état de la question au regard de l'évolution récente de la législation», *Orientations*, n° 1, janvier 2007, pp. 23-24.

pas, les dispositions relatives au contrat de travail seront applicables. Dès lors, le télétravailleur bénéficiera du régime de l'immunité partielle de responsabilité prévu par l'article 18 de la loi sur le contrat de travail.

Pour rappel, l'employeur est tenu d'indemniser la victime d'une faute commise par le travailleur si la victime prouve 1) une faute (même la plus légère) du travailleur, son dommage et le lien de cause à effet entre faute et dommage et 2) que l'auteur de la faute était sous les liens d'un contrat de travail et que l'accident s'est produit alors que le travailleur était dans l'exercice de ses fonctions. En application de l'article 18 sur le contrat de travail, le travailleur sera exonéré de sa responsabilité civile vis-à-vis de son employeur ou d'une tierce victime en cas de faute légère occasionnelle⁽³¹⁾.

Bien entendu, les cas dans lesquels le télétravailleur pourrait causer un dommage à son employeur ou à des tiers apparaissent comme très limités. On pourrait penser à un dommage causé à la suite d'une fraude informatique réalisée par le télétravailleur. Encore faudrait-il prouver que cette fraude intervient dans le cadre de l'exécution effective du contrat de travail (pendant les heures de travail définies dans le contrat ou l'avenant...).

C. Champ d'application

À partir de la définition du télétravail, cinq caractéristiques peuvent être mises en évidence :

- le télétravail implique l'existence d'un *contrat de travail salarié*⁽³²⁾;
- le télétravail est réalisé *au domicile du télétravailleur ou à tout autre endroit choisi par*

lui, mais en dehors de l'entreprise, c'est-à-dire que la qualification de télétravail est exclue si le travail est réalisé dans un local décentralisé de l'entreprise ou dans un local utilisé par le travailleur mais loué par l'entreprise à cet effet. N'échappe toutefois pas à cette qualification de télétravail réalisé à partir d'un «télécentre»⁽³³⁾;

- le télétravail implique l'*utilisation des technologies de l'information*, et donc l'installation et la mise à disposition du matériel adéquat à cet effet;
- le télétravail doit être effectué de manière régulière et non occasionnelle;
- le télétravail ne peut pas être imposé, il résulte du libre consentement entre les parties soit dès le début de la relation de travail, soit en cours d'exécution du contrat.

D. Exclusions

Les «travailleurs mobiles» ne sont pas visés par la C.C.T. 85. Il s'agit des salariés dont la mobilité fait partie intégrante des modalités d'exécution du contrat de travail. Cette catégorie de travailleurs désigne des profils tels que les représentants de commerce, délégués médicaux, consultants, délégués commerciaux, infirmières à domicile ou encore techniciens intervenant auprès des clients de l'employeur. Ces derniers, bien qu'ils effectuent une partie de leur travail à domicile et sont par conséquent soumis aux articles 119.1 et suivants de la loi sur le contrat de travail, échappent totalement à l'application de la C.C.T. 85, étant donné qu'ils ne recourent pas (ou pas exclusivement) aux technologies de la communication pour exécuter leur travail.

⁽³¹⁾ Par ailleurs, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans son arrêt du 3 janvier 2002, «La responsabilité de l'employeur n'est engagée que si les conditions d'application de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil sont remplies, de sorte qu'en déclarant la demanderesse responsable des fautes commises par le (*travailleur*) par le seul motif qu'elle revêt la qualité d'employeur, d'une part, et que son personnel bénéficie de l'immunité de responsabilité prévue à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, d'autre part, sans examiner si les conditions d'application de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil sont remplies, l'arrêt attaqué ne justifie pas légalement sa décision (violation des articles 1384, alinéa 3, du Code civil et 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail)», (Cass., 3 janvier 2002, R.G. n° C.98.0280.N/1, disponible à l'adresse : <http://www.juridat.be>).

⁽³²⁾ Le sixième considérant de la C.C.T. 85 précise que «la convention écrite visée par la présente convention de travail s'entend comme un contrat de travail d'employé au sens de cette loi et que les modalités spécifiques qui s'appliquent aux télétravailleurs en vertu de la présente convention collective de travail ne portent pas préjudice au fait que les télétravailleurs sont occupés sous un lien de subordination», (disponible à l'adresse : <http://www.cnt-nar.be/CCT/cct-85.pdf>).

⁽³³⁾ Pour la définition, la distinction et les particularités du «télécentre», voy. *supra* B.

Sont également exclus les télétravailleurs qui exécutent leur contrat de travail dans un « bureau satellite » de l'employeur. On entend par « bureau satellite » tout local décentralisé de l'employeur ou mis à la disposition du travailleur par l'employeur. Cette définition est relativement proche de celle du « télécentre ». Le critère qui semble avoir été retenu par les partenaires sociaux pour différencier les deux semble être l'appartenance économique des bureaux décentralisés. Cela apparaît fort détaché de la réalité, sachant qu'il y a de nombreuses entreprises qui sont établies dans des locaux qui ne leur appartiennent pas, mais qui sont loués par exemple.

Comme le confirme F. Robert, « (...) il y a lieu d'insister sur le fait qu'on ne comprend pas très bien la distinction voulue par les partenaires sociaux entre les bureaux satellites et les télécentres, les premiers étant exclus du champ d'application de la C.C.T. n° 85, les seconds non. Probablement la distinction fondamentale réside dans le fait que dans un télécentre les locaux sont mis à disposition de l'employeur dans le cadre d'une convention relevant de 'la prestation de services' où les travailleurs côtoient des travailleurs d'autres entreprises alors que les bureaux satellites appartiennent à l'entreprise – le choix du verbe appartenir n'induisant pas nécessairement la propriété ⁽³⁴⁾ ».

Enfin, les télétravailleurs « occasionnels », c'est-à-dire ceux qui télétravaillent moins de 8 h. par semaine ⁽³⁵⁾, sont également exclus du champ d'application de la nouvelle législation.

E. Limitations

En cas de situations mixtes, c'est-à-dire que le télétravailleur exécute son contrat de travail en partie dans l'entreprise et en partie en dehors de l'entreprise, seules les prestations effectives de télétravail sont soumises aux règles édictées par la convention collective. Par exemple, il se pourrait que seul l'avenant au contrat de travail relatif à l'introduc-

tion du télétravail fasse l'objet d'un écrit entre parties (la loi sur le contrat de travail n'exigeant pas un écrit lors de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée). Un autre exemple : un travailleur travaille deux jours en « télécentre », deux jours au sein de l'entreprise et un jour à partir de son domicile. Selon les cas, le salarié dépendra ou non de la convention collective n° 85.

II. Caractéristiques du contrat de télétravail et modalités d'application

A. Un contrat volontaire

Les principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie des volontés sont d'emblée réaffirmés dans la convention collective de travail ⁽³⁶⁾. Le télétravail ne peut être imposé par une des parties, il doit résulter d'un accord entre le travailleur et son employeur. De même, si l'une des parties propose à l'autre de recourir au télétravail, cette dernière reste libre d'accepter ou de refuser cette offre.

Le passage au télétravail, parce qu'il modifie uniquement la manière dont le travail est effectué, n'affecte pas le statut d'emploi du télétravailleur. Le refus d'un travailleur d'opter pour le télétravail ne peut être, en soi, un motif de résiliation du contrat de travail ou de modification des conditions d'emploi chez ce travailleur. De même, lorsque la décision de passer au télétravail a fait l'objet d'un avenant au contrat de travail, celle-ci sera réversible par un simple accord individuel et/ou collectif, par exemple, à la suite d'une demande de l'une des parties que le travailleur réintègre les locaux de l'entreprise.

Bien entendu, une telle solution ne pourra se faire que de l'accord des deux parties. En effet, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet dans un arrêt du 26 janvier 2004 ⁽³⁷⁾, par lequel elle a rejeté le

⁽³⁴⁾ F. ROBERT, « Les aspects juridiques du télétravail à domicile (I) : état de la question au regard de l'évolution récente de la législation », *Orientations*, n° 1, janvier 2007, pp. 21-22.

⁽³⁵⁾ Ce critère des 8 h. par semaine est issu de l'accord-cadre européen du 16 juillet 2002.

⁽³⁶⁾ Article 5 de la C.C.T. 85.

⁽³⁷⁾ Cass., 26 janvier 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 162.

pourvoi formé contre un arrêt de la cour du travail de Bruxelles. Les faits étaient les suivants : depuis de nombreuses années, une salariée exécutait à domicile le travail convenu. Un jour, son employeur l'informe qu'un nouvel aménagement des tâches de travail impliquait qu'elle réintègre les locaux de l'entreprise. La salariée s'y est opposée et des négociations ont débuté entre parties, à l'issue desquelles l'employeur a considéré que la salariée avait mis fin au contrat de travail en ne se présentant pas au bureau pour y travailler.

La cour du travail de Bruxelles a donné raison à la salariée en estimant que «l'acte équipollent à rupture est celui par lequel une partie à un contrat de louage de travail manifeste sa volonté de ne plus poursuivre la collaboration professionnelle avec l'autre partie (...). En règle, sauf si les parties en conviennent autrement ou si la nature du travail le postule, le lieu d'exécution des prestations de travail constitue un élément essentiel de la convention qui ne peut donc être modifié unilatéralement par l'employeur. Il est avéré que (la défenderesse) effectuait son travail à domicile, évidemment avec l'accord de son employeur. Celui-ci ne pouvait donc modifier unilatéralement cet élément devenu essentiel de la convention. En admettant, par pure hypothèse, que (la défenderesse) n'était pas en droit de s'opposer à la décision de son employeur de lui imposer d'effectuer son travail au siège de l'entreprise, son refus ne pourrait être considéré comme un acte équipollent à rupture».

Dans le même sens, la Cour de cassation française s'est récemment prononcée en affirmant que «lorsque les parties sont convenues d'une exécution de tout ou partie de la prestation de travail par le salarié à son domicile, l'employeur ne peut modifier cette organisation contractuelle du travail sans l'accord du salarié»⁽³⁸⁾. Dans cette affaire, une salariée

avait convenu avec son employeur d'exercer ses fonctions à partir de son domicile. Toutefois, après quelques mois, l'employeur a demandé à sa salariée de réintégrer les locaux de l'entreprise de façon permanente. Celle-là ayant marqué son refus, elle fut licenciée pour faute grave. La Cour suprême française a rappelé que le retour du télétravailleur au sein de l'entreprise n'implique pas pour lui qu'un changement de son lieu de travail, mais modifie l'organisation contractuelle de son travail, ce qui ne peut se faire qu'avec l'accord de ce dernier⁽³⁹⁾.

B. Un contrat écrit

Bien qu'en général tout contrat de travail à durée indéterminée fasse l'objet d'un écrit signé par les parties, cela ne répond pas à une obligation légale. En effet, aucune formalité spéciale n'est exigée, sauf lorsqu'il s'agit d'un contrat à l'essai, d'un contrat à durée déterminée, d'un contrat pour une entreprise déterminée ou d'un contrat de remplacement. Dans ces cas, la loi exige une convention écrite.

En ce qui concerne le télétravail, la convention collective exige la rédaction d'un écrit pour chaque télétravailleur individuellement, au plus tard le jour de son entrée en service. Si la décision de recourir au télétravail intervient en cours d'exécution du contrat de travail, un avenant écrit est requis.

Que le télétravail soit prévu dans le contrat de travail initial ou qu'il ait fait l'objet d'un avenant, l'employeur doit fournir au télétravailleur les informations écrites pertinentes⁽⁴⁰⁾. L'écrit concrétisant l'accord sur le télétravail devra contenir un minimum de mentions, relatives à :

1) la fréquence du télétravail et éventuellement, en cas de solution «hybride», les

⁽³⁸⁾ Cass. fr., 31 mai 2006, disponible à l'adresse : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=134238&indice=9&table=CASS&ligneDeb=1>.

⁽³⁹⁾ La Cour de cassation française avait déjà consacré le caractère volontaire du télétravail dans un arrêt du 2 octobre 2001 en se basant sur les articles L-120-2 du Code du travail (principe d'interdiction des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché) et 9 du Code civil (respect de la vie privée) : Cass. fr., 2 octobre 2001, *Adam c. Sté Zurich Assurances*, n° 99-42727, disponible à l'adresse : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁽⁴⁰⁾ Conformément aux dispositions de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail, *M.B.*, 5 mai 1965 ; telle que modifiée par la loi du 18 décembre 2002, *M.B.*, 14 janvier 2003, ayant transposé la directive 91/533/C.E.E. du Conseil du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

jours pendant lesquels le télétravail est effectué et les jours et/ou heures où le salarié est présent dans l'entreprise.

Le règlement de travail pourra également contenir la mention des périodes pendant lesquelles le travailleur peut ou ne peut pas effectuer, à la demande de l'employeur, des prestations de télétravail ⁽⁴¹⁾;

- 2) les moments ou périodes pendant lesquels le télétravailleur doit être joignable et suivant quels moyens (*email*, téléphone portable, *online messengers*, *VoIP*...);
- 3) les moments auxquels le télétravailleur peut faire appel à un support technique (*help desk* ou autres, en cas de panne de ses outils de travail);
- 4) les modalités de prise en charge par l'employeur des frais et des coûts relatifs à l'équipement nécessaire et aux dispositifs applicables en cas de panne (plan PC ⁽⁴²⁾, achats intégraux par l'employeur, avantages en nature...);
- 5) les conditions et modalités du retour au travail dans les locaux de l'employeur et, en cas de retour effectif sur site, le délai d'avertissement et/ou la durée du télétravail et son mode de renouvellement.

La convention collective de travail sanctionne le non-respect de la formalité de l'écrit en reconnaissant un droit pour le télétravailleur d'intégrer ou de réintégrer les locaux de l'employeur ⁽⁴³⁾. Cette sanction se distingue de celle prévue dans le cadre de la loi sur le travail à domicile, qui permet au travailleur de mettre fin au contrat de travail, à tout moment, sans préavis ni indemnité, à défaut d'écrit conforme aux prescriptions spécifiques de la loi ⁽⁴⁴⁾.

Outre ces indications concernant les modalités du télétravail proprement dites, le télétravailleur doit être informé des conditions de travail, et plus particulièrement des conditions de travail complémentaires relatives :

- à la description du travail à réaliser dans le cadre du télétravail. Le lien de subordination caractérisant toujours la relation entre les parties, l'employeur se doit de définir de manière claire et compréhensible le rôle assigné au télétravailleur, le résultat escompté concernant son travail, le délai dans lequel il devrait obtenir ledit résultat...;
- au département de l'entreprise auquel il est rattaché;
- à l'identification de son supérieur immédiat ou aux autres personnes auxquelles il peut adresser des questions de nature professionnelle et/ou personnelle;
- aux modalités pour faire rapport.

Bien entendu, toutes les conditions de travail du télétravailleur ne doivent pas être reprises *in extenso* dans le contrat initial ou l'avenant, ceux-ci pouvant renvoyer à des conventions collectives ou à des accords professionnels.

III. Droits et obligations des parties

A. Droits et obligations du télétravailleur

1. Ses droits

a. ÉGALITÉ DE SITUATION

L'employeur doit respecter le principe d'égalité et de non-discrimination dans les conditions d'emploi. Le télétravailleur bénéficie des mêmes droits en matière de conditions de travail que les travailleurs comparables occupés dans les locaux de l'entreprise.

Toutefois, une différence de traitement ⁽⁴⁵⁾ pourrait se justifier compte tenu des spécifici-

⁽⁴¹⁾ Nouvel article 10, §2, de la loi du 8 avril 1965 sur les règlements de travail, introduit par l'article 245 de la loi du 20 juillet 2006 portant des dispositions diverses, *M.B.*, 28 juillet 2006, p. 36991.

⁽⁴²⁾ Pour une étude sur les possibilités offertes par un plan PC, voy. F. ROBERT, *op. cit.*, pp. 108 à 136; voy. également F. ROBERT, «Les aspects juridiques du télétravail à domicile (I) : état de la question au regard de l'évolution récente de la législation», *Orientations*, n° 2, janvier 2007, pp. 2-3.

⁽⁴³⁾ Article 6, §3, de la C.C.T. 85.

⁽⁴⁴⁾ Article 119.5 de la loi sur le contrat de travail.

⁽⁴⁵⁾ Le principe d'égalité et de non-discrimination n'est pas absolu et connaît des limites. En matière d'emploi, l'employeur pourra justifier une différence de traitement notamment si elle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante en raison de la nature de l'activité ou des conditions de son exercice.

tés mêmes du télétravail. En effet, l'employeur peut instaurer une telle différence «pour autant qu'elle repose sur une justification objective et raisonnable lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que son exigence proportionnée»⁽⁴⁶⁾. Par exemple, si l'organisation du télétravail le nécessite, des accords spécifiques complémentaires collectifs ou individuels peuvent être conclus pour tenir compte de ces particularités (remplacement des chèques-repas par un autre avantage spécifique pour le télétravailleur).

Le télétravailleur bénéficie des mêmes droits collectifs que tous les autres travailleurs de l'entreprise. Il a ainsi le droit de communiquer avec les représentants des travailleurs et vice versa. Ceux-ci devront être informés et consultés avant l'introduction du télétravail dans leur entreprise⁽⁴⁷⁾. L'égalité devra tout autant être respectée dans les conditions de participation et d'éligibilité aux organes représentatifs⁽⁴⁸⁾.

b. LIBERTÉ ORGANISATIONNELLE «RELATIVE»

Le télétravailleur a le droit d'organiser sa charge de travail comme bon lui semble, dans le cadre de la durée du travail applicable à l'entreprise. Cette liberté organisationnelle reconnue au télétravailleur ne remet pas en cause le lien de subordination existant entre lui et son employeur.

Le respect du principe d'égalité implique que la charge de travail qui lui est imposée et les critères de résultat y attendant doivent être équivalents à ceux des travailleurs «sédentaires».

Cette liberté organisationnelle reste toutefois «relative», alors qu'elle doit respecter les impératifs relatifs aux législations applicables en matière de temps de travail et/ou aux impératifs imposés par l'entreprise, le chef de projet, et les autorités hiérarchiques en général, notamment en ce qui concerne les priorités.

En ce qui concerne le temps de travail, le fait de mettre les télétravailleurs sur un pied d'égalité⁽⁴⁹⁾ avec les travailleurs sédentaires occupés au sein de l'entreprise risque de poser des problèmes. En effet, les télétravailleurs à domicile ne sont, en principe, pas soumis à la durée de travail hebdomadaire et journalier ni à l'interdiction du travail le dimanche. Ces normes sont déterminées par la loi du 16 mars 1971 sur le travail⁽⁵⁰⁾, mais qui ne sont pas applicables aux travailleurs à domicile (40 heures par semaine et 8 heures par jour).

Le paradoxe provient du fait que le statut des télétravailleurs qui effectuent leur travail depuis leur domicile est régi par la convention collective n° 85, mais qu'ils tombent également dans le champ d'application des articles de la loi du 3 juillet 1978 relatifs au régime spécifique du contrat de travail à domicile (ces dispositions étant applicables à tous les travailleurs qui sont occupés à domicile). Cela est d'application, même si en vertu de la nouvelle rédaction des articles 119.1 et 119.2 de la loi sur le contrat de travail, les dispositions relatives notamment aux mentions qui doivent figurer dans ce contrat de travail à domicile ne leur sont pas applicables.

Par conséquent, les dispositions de la loi du 16 mars 1971 sur le travail ne leur sont pas applicables et, corollairement, l'interdiction du travail le dimanche et la durée du travail ne sont pas applicables aux télétravailleurs à domicile.

⁽⁴⁶⁾ Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.*, 17 mars 2003, pp. 2844 à 12851, telle que modifiée par la Cour d'arbitrage suite à son arrêt du 6 octobre 2004, n° 157/2004, Rôles n° 2780-2783.

⁽⁴⁷⁾ Conformément à la C.C.T. n° 9 du 9 mars 1972, coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise conclu au sein du Conseil national du travail (disponible à l'adresse : <http://www.cnt-nar.be/CCT/cct-9.doc>) et à la C.C.T. n° 39 du 13 décembre 1983 concernant l'information et la concertation sur les conséquences sociales de l'introduction des nouvelles technologies (disponible à l'adresse : <http://www.cnt-nar.be/CCT/cct-39.doc>).

⁽⁴⁸⁾ Loi du 28 février 1999 portant certaines mesures en matière d'élections sociales, *M.B.*, 18 mars 1999, pp. 8673-8675 ; loi du 5 mars 1999 relative aux élections sociales, *M.B.*, 18 mars 1999, pp. 8675-8679.

⁽⁴⁹⁾ Articles 7 et 8 de la C.C.T. n° 85.

⁽⁵⁰⁾ Loi du 16 mars 1971 sur le travail, *M.B.*, 30 mars 1971.

Le principe de l'égalité entre les travailleurs sédentaires et les télétravailleurs à domicile, tel que consacré par l'article 8 de la convention collective n° 85, n'est dès lors pas assuré. Pour rétablir cette égalité et soumettre les télétravailleurs à domicile aux dispositions de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, il faudrait que cette loi soit modifiée en conséquence, sans oublier d'abroger la disposition qui figure dans la loi du 6 décembre 1996 relative au travail à domicile.

Enfin, «si le secteur auquel ressortit l'employeur qui occupe le télétravailleur à domicile a réduit, par le biais d'une convention collective de travail, la durée hebdomadaire du temps de travail, cette décision n'aura pas d'influence sur les télétravailleurs à domicile puisque cet accord aura été pris en vertu de l'article 28 de la loi du 16 mars 1971 figurant à la section 2 du chapitre III qui justement n'est pas applicable aux travailleurs à domicile⁽⁵¹⁾».

La législation belge actuellement applicable risque donc de se heurter aux dispositions de la C.C.T. n° 85 (et plus particulièrement les articles 7 et 8 de la C.C.T. n° 85) mais, plus généralement, aux articles 10 et 11 de la Constitution ainsi qu'à la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination⁽⁵²⁾.

Afin d'être tout à fait complet, il convient de préciser que la loi du 20 juillet 2006 a modifié l'article 10 de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail en y disposant que «le règlement de travail peut contenir la mention des périodes pendant lesquelles le travailleur peut ou ne peut pas effectuer, à la demande de l'employeur, des prestations de télétravail visées par la convention collective de travail sur le télétravail (...)»⁽⁵³⁾.

Pour reprendre F. Robert, «cette disposition et plus particulièrement le choix du verbe 'pouvoir' plutôt que 'devoir' renforce l'idée que les télétravailleurs à domicile ne sont pas

soumis à la réglementation 'traditionnelle' concernant la durée du temps de travail⁽⁵⁴⁾... ce qui confirme le point de vue développé ci-avant.

C. ÉGALITÉ DEVANT LES POSSIBILITÉS DE PROMOTION ET DE FORMATIONS

Le télétravailleur dispose des mêmes droits que les travailleurs «sédentaires» en ce qui concerne l'accès aux formations, les possibilités de carrière, les politiques d'évaluation ainsi qu'en ce qui concerne les droits collectifs (*cf. supra*).

Le télétravailleur doit également recevoir toute formation appropriée et ciblée sur les équipements techniques mis à sa disposition et sur les caractéristiques de cette forme d'organisation du travail. La C.C.T. 85 précise, à bon escient, que le supérieur hiérarchique et les collègues directs des télétravailleurs *peuvent* également bénéficier d'une formation à cette forme de travail et à sa gestion. Il est essentiel que le télétravailleur puisse travailler en relation avec des personnes ayant au moins les mêmes compétences professionnelles dans l'utilisation des nouvelles technologies de la communication.

On peut légitimement se demander s'il n'aurait pas fallu imposer une telle formation aux principaux interlocuteurs directs ou hiérarchiques du télétravailleur. Cela permettrait de ne pas isoler ce dernier, réfugié dans son lieu de travail, et de réitérer des dispositions préventives à l'isolationnisme.

2. Ses obligations

- Le télétravailleur doit prendre soin des équipements qui lui sont confiés⁽⁵⁵⁾.
- Le télétravailleur ne peut ni rassembler ni diffuser de matériel étranger à la description du travail via Internet⁽⁵⁶⁾.

(51) F. ROBERT, «Les aspects juridiques du télétravail à domicile (II) : état de la question au regard de l'évolution récente de la législation», *Orientations*, n° 2, février 2007, p. 6.

(52) *Voy. infra*, III, A., 1, a.

(53) Article 245 de la loi du 20 juillet 2006, *op. cit.*

(54) F. ROBERT, «Les aspects juridiques du télétravail à domicile (II) : état de la question au regard de l'évolution récente de la législation», *Orientations*, n° 2, février 2007, p. 6.

(55) Article 12 de la C.C.T. 85 et article 17, 1° et 5°, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

(56) Dans le cadre de la surveillance des travailleurs, la Cour de cassation française a rendu un arrêt le 18 octobre 2006 dans lequel elle considère que «les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant

Le télétravailleur est tenu d'informer immédiatement son employeur en cas de panne d'un équipement utilisé par lui ou en cas de force majeure l'empêchant d'effectuer son travail. Cet empêchement fortuit affectant le travailleur ne dispense pas l'employeur de lui payer la rémunération convenue.

Bien entendu, des modalités spécifiques peuvent être prévues, comme des travaux de remplacement et/ou un retour temporaire dans les locaux de l'entreprise.

Le télétravailleur sera tenu de respecter toutes les règles qui régissent sa relation de travail et qui découlent soit des dispositions législatives d'application générale, soit des clauses spécifiques de son contrat de travail⁽⁵⁷⁾.

B. Droits et obligations de l'employeur

. Ses droits

- Les services internes de prévention de l'entreprise doivent avoir accès au lieu du télétravail afin de vérifier, notamment, le respect des législations applicables en matière de santé et de sécurité (*cf. infra*).

Bien évidemment, si le télétravailleur effectue ses prestations professionnelles à domicile, celui-ci devra notifier préalablement son accord à l'employeur, autorisant ainsi une visite des lieux par les personnes compétentes.

- L'employeur a le droit d'organiser le temps de travail, les objectifs à atteindre et définir les priorités quant au travail à réaliser par le télétravailleur.

2. Ses obligations

a. EN MATIÈRE D'ÉQUIPEMENT

L'employeur doit fournir les équipements nécessaires au télétravail, les installer et les entretenir⁽⁵⁸⁾. Les coûts de connexions et de communications liés au télétravail sont exclusivement à charge de l'employeur.

Pareillement et dans le cas où le télétravailleur utiliserait son propre équipement, les frais d'installation des programmes informatiques, les frais de fonctionnement et d'entretien ainsi que le coût de l'amortissement de l'équipement, lié au télétravail incombent exclusivement à l'employeur.

Il est à noter que les frais en question sont calculés avant le début du télétravail au prorata des prestations de télétravail ou selon une clef fixée entre les parties.

L'employeur doit, en outre, fournir un service approprié d'appui technique et il est tenu des coûts liés à la perte ou à l'endommagement des équipements et des données utilisées par le télétravailleur dans le cadre du télétravail⁽⁵⁹⁾.

b. EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DONNÉES ET DE LA VIE PRIVÉE

Il incombe à l'employeur de prendre les mesures afin d'assurer la protection des données utilisées et traitées par le télétravailleur à des fins professionnelles. Cette obligation concerne notamment la mise à disposition et l'installation d'un logiciel spécifique sur l'ordinateur utilisé par le télétravailleur.

L'employeur veillera également à informer le télétravailleur sur les législations et les règles applicables au sein de l'entreprise en matière de protection des données et auxquelles il de-

personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence». La Cour est même allée plus loin en précisant que le salarié «avait procédé volontairement au cryptage de son poste informatique, sans autorisation de la société faisant ainsi obstacle à la consultation», et que dans ces circonstances, la cour d'appel «a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que le comportement du salarié, qui avait déjà fait l'objet d'une mise en garde au sujet des manipulations sur son ordinateur, rendait impossible le maintien des relations contractuelles pendant la durée du préavis et constituait une faute grave», Cass. fr., 18 octobre 2006, disponible à l'adresse : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/Visu?cid=145876&indice=1&table=CASS&ligneDeb=1>.

(57) Dans le respect de l'article 17, 2°, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui dispose que «le travailleur a l'obligation : (...) 2° d'agir conformément aux ordres et aux instructions qui lui sont donnés par l'employeur, ses mandataires ou ses préposés, en vue de l'exécution du contrat».

(58) Article 9 de la C.C.T. 85 et article 20, 1°, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

(59) Article 11 de la C.C.T. 85 et articles 18 et 19 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

vra se conformer. Il attirera son attention sur les restrictions mises à l'usage des équipements ou outils informatiques et des sanctions en cas de violation desdites dispositions. Cette obligation découle directement du principe d'exécution de bonne foi des conventions.

La C.C.T. 85 rappelle que la convention collective n° 81 du 26 avril 2002 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électronique en réseau ⁽⁶⁰⁾ trouve pleinement application dans le cadre du télétravail. En effet, les dispositions protectrices de la vie privée des travailleurs sortent pleinement leurs effets, alors que la transmission de données électroniques via les réseaux constitue l'une des conditions de qualification du télétravail. L'employeur veillera au respect des principes de légalité, de transparence, de finalité et de proportionnalité ⁽⁶¹⁾. Il est rappelé les restrictions d'usage et les sanctions applicables en cas de non-respect.

La protection des données et de la vie privée du télétravailleur englobe encore une autre dimension en ce qui concerne le contrôle et la surveillance du travail par l'employeur. En effet, bien qu'effectuées à distance, les prestations du télétravailleur interviennent dans l'exécution de son contrat de travail. Par conséquent, l'employeur dispose d'un pouvoir de surveillance et de contrôle sur le travail du salarié, en application du lien de subordination caractérisant la relation de travail.

Dans le cadre du télétravail, le contrôle et la surveillance du salarié ne peuvent donc s'effectuer qu'indirectement. Outre les constats d'avancement ou de non-avancement dans le travail confié au salarié, ce qui n'est jamais

qu'une surveillance *a posteriori*, d'autres méthodes efficaces et plus directes ont fait leur apparition (par exemple, l'installation d'un logiciel spécifique sur l'ordinateur du télétravailleur) ⁽⁶²⁾. En pareille hypothèse, l'employeur devra respecter les principes de l'information préalable du télétravailleur et du consentement de celui-ci à une telle mesure. Ces principes permettent d'éviter qu'une ingérence se fasse à l'insu du salarié et sans l'autorisation de celui-ci.

Certains ont également évoqué l'installation d'une ou plusieurs caméras vidéo dans le lieu où s'effectue le télétravail, pour permettre à l'employeur d'effectuer sa surveillance. Cela est particulièrement problématique en cas de télétravail au domicile du salarié. En effet, les dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel imposent des conditions très strictes pour pouvoir recourir à la vidéosurveillance ⁽⁶³⁾.

C. EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ ET DE SANTÉ AU TRAVAIL

Conformément aux dispositions légales en vigueur ⁽⁶⁴⁾, l'employeur est responsable de la protection de la santé et de la sécurité professionnelle du travailleur. Le télétravailleur doit être informé de la politique mise en œuvre par l'entreprise en matière de santé et de sécurité au travail, en particulier en ce qui concerne les exigences minimales en matière d'écrans de visualisation ⁽⁶⁵⁾, mais également aux autres obligations reprises dans le Code du bien-être au travail ⁽⁶⁶⁾, concernant notamment les sièges de travail ⁽⁶⁷⁾, la protection des travailleurs contre la fumée de ta-

⁽⁶⁰⁾ Pour un commentaire, voy. : http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/pdf/legislation/cmt/law_be_2002-04-26_cmt_fr.pdf.

⁽⁶¹⁾ Principes fondamentaux applicables en matière de protection des données à caractère personnel.

⁽⁶²⁾ Dans le respect de l'annexe 1 de l'arrêté royal du 27 août 1993 relatif au travail sur des équipements à écran de visualisation qui prévoit que des logiciels de contrôle pourraient être installés sur l'ordinateur du télétravailleur pour autant que les principes de finalité et de proportionnalité soient respectés.

⁽⁶³⁾ À cet effet, voy. l'avis de la commission de la vie privée du 26 juillet 2006 relatif à la proposition de loi réglant l'installation et l'utilisation des caméras de surveillance, disponible à l'adresse : <http://193.191.208.6/juris/jurfv.htm>.

⁽⁶⁴⁾ Article 20, 2°, de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail.

⁽⁶⁵⁾ Voy. l'arrêté royal du 27 août 1993 relatif au travail sur des équipements à écran de visualisation (constituant la section I du titre VI, chapitre II du Code sur le bien-être au travail), version consolidée disponible sur http://www.juridat.be/cgi_loi/legislation.pl.

⁽⁶⁶⁾ Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *M.B.*, 18 septembre 1996; ainsi que tous ses arrêtés d'exécution qui forment le Code du bien-être au travail proprement dit.

⁽⁶⁷⁾ Arrêté royal du 27 avril 2004 relatif aux sièges de travail et aux sièges de repos, *M.B.*, 24 juin 2004.

bac ⁽⁶⁸⁾... Cela fait, il se doit de respecter cette politique.

Les services de prévention internes de l'entreprise peuvent inspecter le lieu de télétravail, soit à la demande du télétravailleur, soit à la demande de l'employeur. Dans ce dernier cas et si le lieu du télétravail correspond au domicile du télétravailleur, la visite des lieux ne pourra avoir lieu qu'avec son accord ⁽⁶⁹⁾, notifié préalablement à son employeur. Si le télétravailleur exécute ses prestations à domicile, l'employeur prendra les mesures en vue de concilier les obligations professionnelles avec la protection du domicile privé du télétravailleur.

Compte tenu de l'exécution de leur contrat de travail en dehors de l'entreprise, l'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires en vue de prévenir l'isolement des télétravailleurs. Par exemple, il peut convenir avec lui qu'il devra venir travailler ou faire un rapport de ses activités une fois par mois au siège de l'entreprise. La lutte contre l'isolement peut également prendre la forme d'une sollicitation à participer à des formations ou colloques, en le tenant informé de manière efficace des possibilités qui s'offrent à lui.

IV. Éléments de sécurité sociale, de droit fiscal et de droit international privé

Le recours au télétravail soulève de nombreuses questions au niveau de l'assujettissement à un régime de sécurité sociale, du régime fiscal applicable et des règles de conflits de juridiction et de lois, qui ne sont pas abordées spécifiquement dans la C.C.T. 85. Bien que ne présentant aucune spécificité lorsque le télétravail intervient à un niveau national, il peut devenir un facteur stratégique de diminution des cotisations sociales et de planification fiscale lorsqu'il est exercé au niveau international.

Ces différents aspects seront abordés en deux phases présentant tout d'abord les règles applicables à la situation des télétravailleurs en l'absence d'élément d'extranéité, et ensuite en mettant en relief les diverses incidences du recours au télétravail dans un contexte international.

A. Droit de la sécurité sociale

1. Sans élément d'extranéité

Le régime de la sécurité sociale des travailleurs salariés s'applique aux travailleurs et employeurs liés par un contrat de travail ⁽⁷⁰⁾.

L'application du régime de sécurité sociale pour les travailleurs exécutant leur contrat à distance a été précisée dans l'arrêté royal d'exécution du 28 novembre 1969 qui dispose que le régime de sécurité sociale des travailleurs salariés est étendu «aux personnes qui, en tout lieu choisi par elles et selon les modalités similaires à celles d'un contrat de louage de travail, œuvrent à façon des matières ou des produits partiellement achevés qu'un ou plusieurs commerçants leur ont confiés et qui travaillent seules ou occupent habituellement quatre aides au maximum, ainsi qu'à ces commerçants» ⁽⁷¹⁾.

Cet article a été précisé par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, dont le plus explicite expose que «par personnes effectuant du travail selon les modalités similaires à celles d'un contrat de travail, il n'y a pas lieu d'entendre celles qui travaillent ou non sous l'autorité d'autrui ou dans un rapport de subordination, mais uniquement celles qui travaillent dans des circonstances offrant une ressemblance avec celles dans lesquelles s'effectue un travail subordonné. La relation d'autorité ou de subordination, nécessaire à l'existence d'un contrat de travail n'est pas requise lorsqu'il s'agit d'un travail presté se-

⁽⁶⁸⁾ Arrêté royal du 19 janvier 2005 relatif à la protection des travailleurs contre la fumée de tabac, *M.B.*, 2 mars 2005.

⁽⁶⁹⁾ Corrolaire au principe constitutionnel de l'inviolabilité du domicile (article 15 de la Constitution).

⁽⁷⁰⁾ Article 1^{er}, § 1^{er}, de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 25 juillet 1969, p. 7258.

⁽⁷¹⁾ Article 3, 4^o, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, *M.B.*, 5 décembre 1969.

lon des modalités similaires à celles d'un contrat de travail»⁽⁷²⁾.

Le télétravail n'étant qu'une modalité d'application du contrat de travail proprement dit, le salarié devra être affilié à la sécurité sociale du pays dans lequel il travaille.

Le télétravailleur salarié affilié à la sécurité sociale belge sera donc couvert comme tout travailleur «sédentaire», dans les sept branches classiques de la sécurité sociale : pension de retraite et de survie, chômage, assurance contre les accidents du travail, assurance contre les maladies professionnelles, prestations familiales, assurance maladie-invalidité et vacances annuelles.

2. Avec élément d'extranéité

Le télétravail est propice à l'exercice d'une activité salariée caractérisée par l'intervention d'éléments d'extranéité, d'échanges transfrontaliers, voire internationaux. En effet, dans le cadre d'un contrat de télétravail, chaque acteur ou élément caractéristique peut être rattaché à un pays différent (nationalité du travailleur, son domicile, lieu depuis lequel il télétravaille, siège social de son employeur, succursale ou filiale éventuelle de celui-ci,...). Une telle dispersion des critères de rattachement a une conséquence inéluctable sur l'assujettissement de ce salarié à un système de sécurité sociale.

Selon l'article 13, 2., a) du règlement européen 1408/71 du 14 juin 1971⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾, «la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État, même si elle réside sur le territoire d'un autre État membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre État membre»⁽⁷⁵⁾.

Ce principe sera d'application dans la majorité des cas de télétravail transfrontalier qui

seront rencontrés. Un télétravailleur salarié d'une société établie dans un pays et qui télétravaille depuis un autre pays (chez lui ou à partir d'un télécentre), sera assujetti au régime de sécurité sociale du lieu d'exécution du travail. Par exemple : un belge résidant en Belgique télétravaille pour une société française à partir d'un télécentre situé au grand-duché de Luxembourg, de façon régulière et non occasionnelle.

Toutefois, ce principe ne couvre pas l'ensemble des situations qui peuvent se présenter. En effet, qu'en est-il du salarié qui travaille sur plusieurs territoires dont l'un est son lieu de résidence? De même, de quel régime de sécurité sociale relève-t-il s'il travaille sur plusieurs territoires mais dont il n'est résident d'aucun?

Ces hypothèses ont été prévues par le législateur européen qui a ménagé un certain nombre d'exceptions au principe, notamment à l'article 14, 2), b) du règlement qui dispose que «la personne autre que celle visée au point a) (personnel roulant ou naviguant,...) est soumise :

- i) à la législation de l'État membre sur le territoire duquel elle réside, si elle exerce une partie de son activité sur ce territoire ou si elle relève de plusieurs entreprises ou de plusieurs employeurs ayant leur siège ou leur domicile sur le territoire de différents États membres;
- ii) à la législation de l'État membre sur le territoire duquel l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile, si elle ne réside pas sur le territoire d'un des États membres où elle exerce son activité».

Ainsi, par exemple :

- un travailleur occupé ayant son domicile en Belgique et ayant pour employeur une entreprise française sera assujetti au régi-

⁽⁷²⁾ Cass., 9 avril 1979, *R.D.S.*, 1979, p. 240; plus récemment, voy. Cass., 8 mars 2004, R.G. n° S.02.0116.F, disponible sur <http://www.juridat.be>.

⁽⁷³⁾ Règlement C.E.E. n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.*, L 149, 5 juillet 1971, p. 2.

⁽⁷⁴⁾ Règlement C.E.E. n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1973, fixant les modalités d'application du règlement (C.E.E.) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté, *J.O.C.E.*, L 74, 27 mars 1972, pp. 1-83.

⁽⁷⁵⁾ Article 13 de la C.C.T. 85.

- me de sécurité sociale belge (loi du lieu d'exécution du travail – art. 13);
- un travailleur travaillant partiellement en France dans la succursale française d'un employeur anglais et partiellement à son domicile en Belgique sera assujéti au régime belge de sécurité sociale (loi du lieu de la résidence – art. 14, 2, b, i);
 - un travailleur, résident suisse, travaillant pour une entreprise luxembourgeoise à partir de sa seconde résidence en Belgique sera assujéti au régime de sécurité sociale luxembourgeois (loi du lieu du siège de l'entreprise – art. 14, 2, b, ii).

À ce niveau, une véritable stratégie peut être mise en place par l'employeur, pour diminuer le coût du travail (pour autant qu'on fasse une exacte application des dispositions du règlement 1408/71).

En effet, prenons l'exemple d'un salarié qui doit déménager dans un autre pays pour des raisons familiales ou autres, mais qui souhaite – tout autant que son employeur – rester au service de l'entreprise en recourant au télétravail. Si le régime de sécurité sociale du pays de destination du travailleur est beaucoup moins intéressant que dans le pays d'origine, l'entreprise pourra déclarer que son travailleur est détaché⁽⁷⁶⁾ à l'étranger. Sur base de cette déclaration, le travailleur pourra se faire délivrer par l'autorité nationale compétente⁽⁷⁷⁾ un certificat de détachement (modèle E 101), confirmant qu'il reste soumis à la sécurité sociale de l'État d'origine.

Cette dérogation au principe de l'application de la législation du lieu d'exécution du travail est limitée en ce que le détachement du travailleur ne peut excéder douze mois et que le détachement en question n'ait pas lieu dans le but de remplacer un autre travailleur parvenu au terme de sa période de détachement.

Toutefois, lorsque les activités exercées à l'étranger se prolongent en raison de circonstances imprévues au-delà de la durée prévue et prennent plus de douze mois, la législation de l'État où est établie l'entreprise auprès de laquelle le travailleur est en service, demeure applicable jusqu'à l'achèvement de ce travail, à condition que les services compétents de l'État où le travail est exécuté donnent leur accord à cet effet⁽⁷⁸⁾ ⁽⁷⁹⁾. Dans ce cas, des formulaires de prolongation de détachement devront être délivrés au travailleur et être soumis pour traitement aux services compétents du pays de détachement.

Hors ce cas du régime du travailleur détaché, d'autres stratégies sont encore envisageables. En présence d'un salarié résident dans un autre pays, les parties pourront s'organiser pour assujéti le télétravailleur au pays de sa résidence. Par exemple, l'assujétissement d'un télétravailleur à la sécurité sociale hollandaise se révèle plus intéressant tant pour l'employeur belge que pour le travailleur⁽⁸⁰⁾.

Bien entendu, il conviendra que le télétravailleur preste effectivement ses heures de travail à partir de son domicile ou du télécen-tre, situé dans un autre pays. En pareille hypothèse, l'employeur devra respecter les réglementations sociales spécifiques applicables aux Pays-Bas, notamment en ce qui concerne le télétravail ou le travail à domicile.

En dehors de l'Espace économique européen⁽⁸¹⁾, la problématique de l'assujétissement à la sécurité sociale est régie par des accords bilatéraux⁽⁸²⁾. Généralement, les principes applicables sont identiques à ceux inscrits dans le règlement européen 1408/71. Ainsi, dans la majorité des cas, le critère de détermination de la législation sociale applicable sera le lieu de travail.

⁽⁷⁶⁾ Application de l'article 14, 1, a du règlement C.E.E. 1408/71.

⁽⁷⁷⁾ En Belgique, l'O.N.S.S.

⁽⁷⁸⁾ Article 14, 1, b du règlement C.E.E. 1408/71.

⁽⁷⁹⁾ Cet accord doit être sollicité avant le terme de la période de 12 mois par l'employeur et ne peut pas non plus être donné pour une période excédant douze mois.

⁽⁸⁰⁾ F. ROBERT, «Le télétravail à domicile», *op. cit.*

⁽⁸¹⁾ À l'exception de la Suisse qui, bien que ne faisant pas partie de l'E.E.E., est sous le même régime de sécurité sociale que les pays en faisant partie.

⁽⁸²⁾ La Belgique a conclu une convention bilatérale avec les pays suivants : Algérie, Canada, Chili, Congo (uniquement pour les marins), États-Unis d'Amérique, ex-Yougoslavie (Slovénie, Serbie, Croatie, Monténégro, Bosnie-Herzégovine, Macédoine), Israël, Maroc, Pologne, Saint-Marin, Suisse, Tunisie, Turquie.

C. Droit fiscal

Sans élément d'extranéité

En présence d'un télétravail « national », en ce sens que tant l'entreprise que le télétravailleur se trouvent en Belgique, les règles d'imposition sur le revenu seront similaires à celles applicables pour les travailleurs sédentaires. Les télétravailleurs seront imposés en Belgique sur l'ensemble de leurs revenus provenant de leur occupation salariée.

2. Avec élément d'extranéité ⁽⁸³⁾

D'un point de vue fiscal, le télétravail peut également présenter des avantages. Une stratégie fiscale peut être mise en place pour diminuer un maximum l'imposition du télétravailleur.

Pour rappel, les principes de droit fiscal applicables dans un contexte international sont les suivants :

- les personnes physiques ou morales résidant sur le territoire d'un État sont assujetties dans cet État à l'impôt sur leur revenu mondial;
- les revenus trouvant leur source sur le territoire d'un État, fussent-ils perçus par des personnes physiques ou morales non-résidentes seront imposés dans cet État.

L'application stricte de ces principes conduirait à une double taxation dès lors que le lieu de la source des revenus est différent du lieu de résidence du contribuable. Heureusement, grâce aux conventions préventives à la double imposition ⁽⁸⁴⁾, la plupart des États ont réglé les problèmes de double imposition juridique des revenus ⁽⁸⁵⁾.

Ces conventions sont généralement inspirées du modèle de Convention O.C.D.E. Celui-ci prévoit, en ce qui concerne l'imposition des salariés, que :

« 1. (...) les salaires, traitements et autres rémunérations similaires qu'un résident d'un État contractant reçoit au titre d'un emploi salarié ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'emploi ne soit exercé dans l'autre État contractant. Si l'emploi y est exercé, les rémunérations reçues à ce titre sont imposables dans cet autre État.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1^{er}, les rémunérations qu'un résident d'un État contractant reçoit au titre d'un emploi salarié exercé dans l'autre État contractant ne sont imposables que dans le premier État si :

- a) le bénéficiaire séjourne dans l'autre État pendant une période ou des périodes n'excédant pas au total 183 jours durant toute période de douze mois commençant ou se terminant durant l'année fiscale considérée, et
- b) les rémunérations sont payées par un employeur ou pour le compte d'un employeur qui n'est pas un résident de l'autre État, et
- c) la charge des rémunérations n'est pas supportée par un établissement stable que l'employeur a dans l'autre État (...).

Cet article pose donc la règle que les activités salariées sont imposables dans l'État où l'emploi est effectivement exercé. Ce principe général connaît deux exceptions à l'imposition dans le pays de la source :

- le régime des 183 jours;
- le régime des travailleurs frontaliers (uniquement pour dans le Traité conclu entre la Belgique et la France).

La règle des 183 jours implique que les revenus du travail seront imposables dans l'État étranger où le travailleur exerce son activité, si au moins une des conditions précitées n'est pas remplie.

Sur la base de ce principe, une stratégie fiscale pourrait être mise en place par application du système de *salary split*. Cette technique de fractionnement des salaires permet, en principe, d'augmenter les revenus nets d'un

⁽⁸³⁾ Pour une analyse détaillée relative à l'imposition des télétravailleurs et la mise en place d'une stratégie fiscale, voy. F. ROBERT, «Le télétravail à domicile», *op. cit.*

⁽⁸⁴⁾ Pour consulter la liste des pays avec lesquels la Belgique a signé une convention contre la double imposition, voy. : <http://www.fisconet.fgov.be/fr/?frame.dll&root=v:/sites/fisconetFraAdo.2/&versie:04&type=VRB06!ODUBB.HTM&>.

⁽⁸⁵⁾ Selon la convention modèle de l'O.C.D.E., «la double imposition juridique internationale peut être définie d'une manière générale comme l'application d'impôts comparables dans deux (ou plusieurs) États au même contribuable, pour le même fait générateur et pour des périodes identiques».

travailleur employé à un niveau international sans que cela entraîne des coûts salariaux pour l'employeur. Comme le revenu imposable est fiscalement (ou contractuellement) scindé entre les différents pays où le travailleur exerce son activité, chaque partie du salaire sera taxée individuellement aux tarifs fiscaux qui sont normalement moins élevés que si tous les revenus étaient imposés dans l'État de résidence et où ils se retrouvent dans une tranche d'imposition plus élevée.

Ainsi, une partie des revenus du travailleur sera taxée dans l'État de la source et l'autre partie dans l'État de résidence. Cette hypothèse se présente lorsque le télétravailleur travaille à temps partiel dans son pays de résidence (que ce soit à son domicile ou à partir d'un télécentre) et partiellement dans un autre pays.

L'employeur devra tout de même être vigilant à ce que le travail exercé par le télétravailleur dans l'autre pays que celui dans lequel se situe le siège social de l'entreprise, n'entraîne l'existence dans ce pays d'un établissement stable, auquel cas le *salary split* ne pourrait être appliqué. En effet, le salaire serait dès lors considéré comme payé par une entreprise nationale, entraînant ainsi l'imposition intégrale des revenus dans le pays dans lequel il réside et télétravaille.

D. Compétence judiciaire et conflit de loi

1. Sans élément d'extranéité

En l'absence d'un élément d'extranéité, les règles de compétence inscrites dans le Code judiciaire trouveront application. Ainsi, sauf clause contractuelle attributive de compétence, le tribunal du travail de l'arrondissement judiciaire dans lequel se situe le lieu de travail principal sera compétent pour connaître de tout litige relatif à un contrat de (télé)travail

(en application des articles 73 et 578 du Code judiciaire).

Pareillement, lorsque le salarié télétravaille à partir de la Belgique et pour un employeur belge, la législation belge sera applicable aux litiges.

Habituellement, afin de parer à toute éventualité, les contrats de travail contiennent des clauses de juridiction et de conflit de loi stipulant, du style : « tout différend relatif à l'interprétation, l'exécution ou la résiliation de la présente convention sera de la compétence exclusive du tribunal du travail d'Arlon, lequel appliquera le droit belge »⁽⁸⁶⁾. Ces clauses sont parfaitement légales. En effet, seule la compétence d'attribution du tribunal du travail est d'ordre public.

2. Avec éléments d'extranéité

a. AVANT-PROPOS

En présence d'éléments d'extranéité, des problèmes risquent de survenir au niveau de la compétence des juridictions devant lesquelles introduire les actions en justice, ainsi qu'en ce qui concerne la loi qui sera applicable à la relation contractuelle incriminée.

En général, les parties insèrent dans le contrat de travail des clauses attributives de juridiction et des clauses de conflit de loi, accordant généralement la compétence aux juridictions et application de la loi nationale du pays dans lequel est établi l'employeur. Au regard du droit international, de telles clauses ne sont pas exclues, mais sont strictement limitées⁽⁸⁷⁾.

En effet, tant au niveau de la réglementation européenne que de la Convention de Rome ou des dispositions du Code de droit international privé, ce type de clauses ne peut avoir pour objet de priver la partie faible au contrat, à savoir le salarié, de droits qui lui auraient été reconnus dans le pays dans lequel le différend aurait « naturellement » dû être jugé⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁶⁾ Exemple classique de clause se retrouvant dans les contrats de travail.

⁽⁸⁷⁾ Exclusion générale des clauses dérogeant aux règles spéciales de compétence en matière de relation de travail, à moins que la clause soit postérieure à la naissance du différend, ou qu'elle permette au travailleur de saisir d'autres tribunaux.

⁽⁸⁸⁾ Pour une étude détaillée, voy. : F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Larcier, 2005, pp. 889-903.

b. COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

Lorsque le salarié exécute son contrat de travail à partir d'un autre pays que celui dans lequel son employeur est établi, les règles de conflit de compétence seront d'application. Au sein des pays de l'Union européenne, le règlement 44/2001⁽⁸⁹⁾ (dit « Bruxelles I ») est d'application pour déterminer la compétence juridictionnelle. Le télétravail ayant généralement lieu à partir d'un pays limitrophe du pays dans lequel est établi l'employeur, c'est généralement le règlement Bruxelles I qui permettra de trancher les conflits de compétence.

Les articles 18 à 21 du règlement Bruxelles I prévoient un régime spécial applicable en cas de conflit de droit du travail. Ainsi, l'article 19 dispose qu'« un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attrait :

1. devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile, ou dans un autre État membre :
- a) devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit généralement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou,
- b) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur».

Ces règles sont donc particulièrement favorables au télétravailleur, alors que ce régime est autonome et constitue un système à part au sein de la convention :

- l'option de compétence qu'il prévoit est unilatérale, c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée que par la partie faible (le (télé)travailleur);
- il protège la partie faible contre les clauses attributives de juridiction, c'est-à-dire que ces clauses sont interdites sauf si elles sont postérieures à la naissance du différend ou qu'elles permettent au travailleur de saisir

d'autres tribunaux que ceux déterminés par les dispositions du règlement 44/2001.

Il ressort de ces dispositions que le télétravailleur pourra faire comparaître son employeur tant devant le tribunal de son domicile que devant celui du domicile de l'employeur. Par contre, l'action de l'employeur ne pourra être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur a son domicile. Toutefois, ces dispositions ne portent pas atteinte au droit pour l'employeur d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi de la demande originaire.

Enfin, n'oublions pas que le règlement Bruxelles I n'est pas applicable avec le Danemark, pays pour lequel subsiste la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁽⁹⁰⁾.

Pour les conflits de juridiction avec d'autres pays, il conviendra d'appliquer les dispositions relevantes du Code de droit international privé. L'article 96 dispose que « les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande en matière d'obligations, outre les cas prévus par les dispositions générales (du Code de droit international privé), lorsque cette demande concerne 1° une obligation contractuelle : a) si celle-ci est née en Belgique ou b) si celle-ci est ou doit être exécutée en Belgique (...) ».

Les paragraphes 2 et 3 de l'article 97 précisant qu'« (...) en matière de relation individuelle de travail, l'obligation contractuelle est exécutée en Belgique au sens de l'article 96 lorsque le travailleur accomplit habituellement son travail en Belgique lors du différend ». « Une convention attributive de compétence internationale ne produit ses effets à l'égard du travailleur (...) que si elle est postérieure à la naissance du différend ».

c. CONFLIT DE LOI

En matière contractuelle, c'est la Convention de Rome du 19 juin 1980⁽⁹¹⁾ qui déter-

⁽⁸⁹⁾ Règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, n° L 12 du 16 janvier 2001, pp. 1-23.

⁽⁹⁰⁾ Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁽⁹¹⁾ Loi du 14 juillet 1987 portant approbation de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, du protocole et de deux déclarations communes, faits à Rome le 19 juin 1980, *M.B.*, 9 octobre 1980; entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

mine les règles de conflit de loi applicables. Cet accord multilatéral se caractérise par un domaine d'application universel ⁽⁹²⁾, ce qui permet de faire jouer ses règles de conflit de loi même lorsque la loi applicable n'est pas celle d'un État contractant. Bien entendu, la Convention prévoit un régime de conflit de loi spécifique dès que le litige concerne une partie faible, tel que c'est le cas en contrat de travail.

Le Code de droit international privé dispose spécifiquement que «le droit applicable aux obligations contractuelles est déterminé par la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue à Rome le 19 juin 1980. Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les obligations contractuelles que cette convention exclut de son domaine d'application sont régies par le droit applicable en vertu de ses articles 3 à 14» ⁽⁹³⁾.

Le principe de l'autonomie des volontés est clairement affirmé. À défaut d'un tel choix, la convention définit deux critères de rattachement spécial permettant de déterminer la loi applicable en fonction de la location *présumée* du contrat. Cette présomption est bien entendu réfragable.

Ainsi, en cas de conflits de loi en matière de droit du travail, l'article 6 de la Convention dispose que «nonobstant les dispositions de l'article 3 (*liberté de choix de la loi applicable*), dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article».

«Nonobstant les dispositions de l'article 4 (loi applicable à défaut de choix) et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3 (*liberté de choix*), le contrat de travail est régi :

- a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays
- ou

- b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable».

Ces règles s'appliquent «à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable».

Conclusions

Les nouvelles dispositions réglementant le télétravail sont très protectrices du salarié, notamment en obligeant que l'ensemble des modalités d'exécution du contrat de travail soient fondues dans un écrit. Cette reconnaissance officielle du recours au télétravail permet ainsi de le «déclandestiniser» et donc d'assurer une meilleure sécurité au télétravailleur.

Toutefois, le nombre important d'obligations pesant sur l'employeur, concernant notamment la mise à disposition du matériel et des solutions logicielles nécessaires à faire évoluer le télétravailleur dans un environnement adéquat et sécurisé, risquent peut-être de démotiver les entreprises qui comptaient recourir ou qui recouraient déjà au télétravail. Dès lors, on peut légitimement se demander si ces nouvelles dispositions permettront réellement d'assurer au télétravail un développement harmonieux, tel qu'il est présagé par la plupart des autorités, tant nationales qu'internationales.

En tout état de cause, les nombreuses normes adoptées depuis quatre ans en matière de télétravail ont permis de mettre en place un cadre juridique favorable. Les dispositions de la convention collective n° 85 tendent à concilier les caractéristiques fondamentales du télétravail que sont la modernité, la liberté et la flexibilité.

⁽⁹²⁾ Article 2 de la Convention.

⁽⁹³⁾ Article 98, § 1^{er}, du Code de droit international privé.

Comme l'affirmaient les partenaires sociaux européens dans leur rapport du 11 octobre 2006 sur l'application de l'accord sur le télétravail par les travailleurs et les employeurs : «le télétravail, qui procure des avantages à la fois aux travailleurs et aux employeurs, est une tendance qui se développe. Il assure aux travailleurs un meilleur équilibre entre vie professionnelle et vie privée, et donne aux entreprises la possibilité de combiner flexibilité accrue et sécurité ('flexicurité')».

«Bien que le télétravail soit plus répandu dans certains secteurs, comme les télécom-

munications, on estime que 6% des travailleurs européens télétravaillent pendant au moins 10% de leur temps de travail. En outre, deux tiers (66.5%) des personnes en âge de travailler sont intéressés par un recours au télétravail»⁽⁹⁴⁾.

Il s'ensuit que les nouvelles propositions législatives relatives au télétravail, sous ses différentes formes et en ses différents lieux, permettront de finaliser le cadre juridique mis en place par la convention collective n° 85, et connaîtront sans nul doute une mise à l'épreuve rapide.

⁽⁹⁴⁾ Rapport conjoint concernant l'application de l'accord-cadre sur le télétravail dans les États membres et les pays de l'E.E.E., «Transformer le dialogue européen en action nationale – Application de l'accord sur le télétravail par les travailleurs et les employeurs», disponible à l'adresse : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/1351&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>.