

Le télétravail dans les relations de droit privé

■ Me Patrick SPINEDI, Spinedi, Street & Associés, www.spstlaw.ch

Le télétravail constitue le reflet de l'un des nombreux changements survenus dans le monde professionnel durant les dix dernières années. Certains employeurs y voient une occasion de réduire les coûts liés au fonctionnement de leur entreprise, en particulier s'agissant des locaux, ainsi qu'une augmentation de la productivité en raison d'une plus grande motivation des employés liée à plus de flexibilité. Certains employés y voient l'occasion de mieux concilier leur vie privée et leur vie professionnelle, grâce à plus d'autonomie dans la gestion de leurs horaires. Ils estiment aussi que le stress devrait diminuer en raison d'une réduction du temps consacré aux trajets et d'une diminution des tensions inhérentes au milieu professionnel.

I. Introduction

Une récente étude¹ de l'Organisation internationale du travail et d'Eurofound révèle toutefois que le télétravail ne comporte pas que des avantages. Il générerait du stress auprès des employés qui travailleraient plus qu'en étant actifs dans les locaux de l'entreprise - jusqu'à quatre heures de plus par semaine - et pour ceux qui font uniquement du télétravail, une plus grande tendance à se réveiller la nuit.

Cela étant, le contrat de travail en droit suisse est caractérisé par l'existence de quatre conditions cumulatives, à savoir une prestation de travail, un élément de durée, un salaire et un rapport de subordination². Le rapport de subordination place l'employé dans un rapport de dépendance par rapport à son employeur sous l'angle temporel (horaire de travail), sous l'angle spatial (lieu de travail), ainsi que sous l'angle personnel et hiérarchique (instructions et contrôle)³.

Ainsi l'arrivée du télétravail, quel qu'en soit sa définition, met à mal le rapport de subordination qui est l'une des composantes du contrat de travail. Elle nécessite de ce fait plus de vigilance lorsque les parties au contrat de travail décident de recourir, en tout ou partie, à cette nouvelle forme d'activité professionnelle.

Les réflexions suivantes n'ont pas pour ambition de traiter de

manière exhaustive toutes les questions liées au télétravail, mais plutôt de rendre attentif son lecteur aux risques liés à cette activité dans le secteur privé et lui donner quelques solutions pour les gérer.

II. Définition et sources

Le télétravail pourrait être défini tout simplement comme du travail effectué à distance. Cette définition ne répond toutefois pas aux nombreuses questions qui se posent et qui doivent permettre de donner une définition plus précise du télétravail: celui-ci implique-t-il nécessairement des moyens de télécommunication? doit-il être accompli à son domicile ou peut-il être mené aussi ailleurs? doit-on considérer qu'il est effectué de manière régulière ou suffit-il qu'il le soit de manière occasionnelle?

Par souci de simplification, nous lui donnerons ici une définition restrictive. Nous considérerons en effet qu'il y a télétravail uniquement en cas de «travail effectué à distance avec des outils de télécommunication, hors des locaux de l'entreprise et de manière régulière».

Au vu de cette définition, la question qui se pose est celle de savoir quelles sont les règles légales qui vont s'appliquer aux parties liées par une relation de télétravail.

Les articles 351 du Code des obligations (CO) qui s'ap-

pliquent au contrat de travail à domicile impliquent que l'employé doit «livrer un produit» à l'employeur (art. 352 al. 1 CO). Cette condition et la nécessité que le travail soit accompli à domicile laissent penser que ces dispositions ne trouveront application en pratique que rarement, en tout cas par rapport au télétravail tel que défini ci-dessus.

A notre connaissance, les conventions collectives de travail⁴ ne règlent pas la question du télétravail. Si certaines d'entre elles, rares au demeurant, contiennent une référence discrète au télétravail, aucune d'entre elle ne comporte une réglementation détaillée du télétravail au sens où nous l'avons défini. En revanche, bon nombre d'entreprises ont adopté une réglementation interne qui leur est propre.

Dans son rapport du 16 novembre 2016 en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, le Conseil fédéral ne s'est pas prononcé sur l'opportunité de prendre des mesures pour encourager le télétravail, ni sur la nécessité d'adopter des règles claires à ce sujet, estimant avoir besoin de données plus précises sur le télétravail régulier pour prendre position. En l'état du droit, il faut donc en conclure que seuls les principes de base et règles générales du droit du travail permettent d'apporter des solutions aux problèmes posés.



Patrick Spinedi, né en 1968, a fait ses études de droit à l'Université de Genève. Après avoir obtenu sa licence en 1993, il a entrepris un stage d'avocat qu'il a terminé en 1996 avec l'obtention du brevet. Parallèlement à sa formation, il a commencé à travailler comme juriste vacataire dès 1993 auprès de la juridiction des prud'hommes de Genève. En 1996, il a occupé un poste d'assistant à l'Université de Lausanne où il a également fait un LLM en droit européen. Dès 1997, il a été responsable juridique du département des Ressources humaines de Pictet & Cie. La même année, il a été élu Président d'audience au Tribunal des prud'hommes, puis dix ans plus tard, Président du Groupe IV de la juridiction prud'homale où il siège encore régulièrement. En 2007, il a rejoint Lombard Odier & Cie comme responsable des Ressources humaines pour la Clientèle privée et gestionnaire des risques humains. En 2015, il a co-fondé l'Etude Spinedi Street & Associés, active notamment dans le domaine du droit du travail, du bail, et du droit commercial.

Il est co-auteur de la deuxième édition du livre intitulé «Le droit par les cas», ainsi que de l'ouvrage intitulé «La prévoyance et moi?». Il a aussi écrit de nombreux articles et a participé à différents colloques et conférences.

III. Quelques questions choisies

a. Le droit au télétravail versus l'obligation de faire du télétravail

A moins d'un accord particulier, il n'existe pas de droit au télétravail dans les rapports de droit privé. L'exercice d'une telle activité relève purement de la liberté contractuelle qui permet à chaque partie de décider, notamment, avec qui elle entend être liée et sous quelle forme⁵. Certains auteurs⁶ estiment toutefois que dans des cas très exceptionnels, un employé pourrait exiger de faire du télétravail sur la base du devoir d'assistance tel qu'il découle de l'art. 328 CO (ex: devoir d'une mère de s'occuper de son enfant malade).

A titre indicatif, même dans les rapports de droit public, il n'existe en principe pas de droit au télétravail⁷, ce que le Tribunal fédéral a rappelé dans un arrêt rendu le 1^{er} mai 2017 au sujet d'un fonctionnaire ayant demandé à travailler à la maison au moins un jour par semaine pour concilier sa vie privée avec sa vie professionnelle⁸.

A l'inverse et sauf accord particulier, l'employeur ne peut en principe imposer à son employé de faire du télétravail. En effet, imposer une telle obligation à l'employé reviendrait à modifier les termes du contrat tels que prévus par écrit ou de manière tacite. Or un tel changement nécessite l'accord des deux parties.

b. Confidentialité

Le rapport de subordination vu sous l'angle spatial évoqué ci-dessus étant atténué dans le cadre du télétravail, la question de la confidentialité, de la discrétion et du secret commercial revêt une importance toute particulière. Le télétravail effectué à domicile ou dans un espace de «*co-working*» par exemple implique un plus grand risque que ces obligations⁹ soient compromises.

Afin de garantir le besoin de confidentialité inhérent à l'ac-

tivité d'une entreprise, il faut prévoir des règles spécifiques, comme par exemple l'interdiction d'accès aux données à tout tiers non intéressé pendant l'exercice du télétravail.

c. Horaires de travail

Le rapport de subordination sous l'angle temporel évoqué ci-dessus étant distendu dans l'exercice du télétravail, il existe le risque que l'employé soit amené à faire moins d'heures que ce que prévoit son contrat ou, au contraire, des heures de travail supplémentaires, voire du travail supplémentaire, sans que l'employeur ne s'en aperçoive.

Ce risque peut être diminué tout d'abord par le respect des dispositions de l'Ordonnance 1 relative à la loi sur le travail concernant l'enregistrement du temps de travail, étant précisé que cette ordonnance a été modifiée récemment¹⁰ pour permettre dans certains cas la simplification de l'enregistrement du temps de travail ou sa renonciation par l'employé¹¹.

Ensuite, ce risque peut être réduit s'agissant des heures de travail supplémentaires par une disposition contractuelle prévoyant que les heures de travail supplémentaires non compensées par un congé ne sont pas rémunérées¹².

d. Matériel et frais

L'une des questions susceptibles de se poser dans le domaine du télétravail est celle du matériel et des frais. L'employeur doit-il fournir le matériel informatique à l'employé et qui assume les frais?

Les réponses à ces questions trouvent leur source à l'art. 327 CO qui est de nature dispositive. Ainsi cette disposition prévoit que l'employeur doit fournir à l'employé les instruments de travail et le matériel, sauf accord ou usage contraire. Toutefois, si l'employé utilise ses propres instruments de travail et son propre matériel, il a droit à une indemnité convenable à moins d'un accord ou d'un usage contraire. Ainsi, il sera prudent de prévoir des règles claires à ce sujet dans le contrat de travail.

e. Assurances sociales

La règle de base relevant des règlements européens 883/2004 et 987/2009 est le rattachement au régime d'assurances sociales du lieu d'exercice de l'activité¹³. Ainsi, l'employé d'une entreprise établie en Suisse et exerçant son activité professionnelle exclusivement depuis chez lui sera soumis au régime d'assurances de son lieu de résidence. Cette règle a toute son importance dans un canton comme Genève qui compte une importante population de frontaliers.

Si ce même employé exerce son activité en partie dans les locaux de son employeur en Suisse et en partie chez lui en France par exemple, il sera soumis au régime d'assurances sociales tel que prévu par l'art. 13 du règlement 883/2004. Selon celui-ci, l'employé sera toujours soumis au système de sécurité sociale de son lieu de résidence, mais uniquement s'il exerce une partie substantielle de son activité dans cet Etat. On considère qu'il y a une partie substantielle de l'activité quand l'employé travaille

plus de 25% de son temps dans l'Etat de résidence.

Ainsi pour limiter l'affiliation de l'employé au régime français d'assurances sociales, il est possible de limiter contractuellement le télétravail à un maximum de 25% du temps de travail de l'employé¹⁴.

IV. Conclusion

Ces quelques questions choisies montrent l'importance de prévoir une réglementation claire dans les relations contractuelles entre un employeur et un employé effectuant du télétravail. Ce nouveau type d'activité est en constante augmentation depuis au moins une dizaine d'années, au sein d'une population active composée non seulement de femmes mais aussi d'hommes dont la proportion est croissante. Compte tenu du peu de jurisprudence rendue à cet égard, on peut se demander s'il est véritablement nécessaire de prévoir dans le domaine du droit privé des dispositions particulières ou si l'arsenal juridique actuel ne suffit finalement pas.

Notes:

¹ Le rapport «*Workinganytime, anywhere: The effects on the world of work*» («*Travailler en tout temps, en tout lieu: les effets sur le monde du travail*»): www.eurofound.europa.eu/publications.

² Art. 319 du Code des obligations (CO).

³ Dunand Jean-Philippe, *Commentaire du contrat de travail, ad art. 319 CO, p. 5, n° 16 et ss, Neuchâtel, 2013.*

⁴ Le 1^{er} mars 2012, il y avait 606 conventions collectives de travail recensées en Suisse in *Rapport du Conseil fédéral Postulat Meier-Schatz 12.3166.*

⁵ Morin Ariane, *Commentaire romand, Code des obligations I, 2^e édition, ad art. 1 CO, p. 15, Bâle, 2012.*

⁶ Domenig Pascal, *Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, n° 221 et 222, Berne, 2016.*

⁷ Directives sur le télétravail dans l'administration fédérale (ch. 3.3).

⁸ Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 1^{er} mai 2017 dans la cause A-4729/2016, cons. 2.2.

⁹ Les obligations de confidentialité, de discrétion et de respect du secret commercial découlent de l'art. 321a CO.

¹⁰ Modification du 4 novembre 2015, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

¹¹ Art. 73a et 73b Ordonnance relative à la loi sur le travail.

¹² Article 321c al. 3 CO.

¹³ Art. 11 al. 3 lit. a du règlement 883/2004.

¹⁴ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 12.3166 Meier-Schatz, p. 65.