

Doctrine

LA NOUVELLE CONVENTION SUR LE TÉLÉTRAVAIL UNE PREMIÈRE ANALYSE

JEAN-LUC PUTZ
MAGISTRAT



TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction.....	2
1.1. Avantages et désavantages du télétravail	3
1.2. Bref historique.....	4
2. Encadrement juridique du télétravail	6
2.1. Régime général : la Convention de 2020.....	6
2.2. Régimes spécifiques : les accords d'application.....	7
3. Champ d'application de la Convention	9
3.1. Champ d'application temporel.....	9
3.2. Champ d'application personnel – travailleurs.....	9
3.2.1. Un régime limité aux salariés.....	9
3.2.2. Télétravail et lien de subordination	10
3.2.3. Télétravail et statut de cadre supérieur	10
3.3. Champ d'application personnel – employeur	11
3.4. Champ d'application territorial.....	11
4. Notion de télétravail	13
4.1. Définition.....	14
4.1.1. Utilisation des technologies de l'information et de la communication.....	14
4.1.2. Suppression de la référence au domicile.....	14
4.1.3. Travail réalisé normalement dans les locaux de l'employeur	14
4.2. Distinction entre télétravail régulier et occasionnel.....	15
4.2.1. Critères de distinction	16
4.2.2. Incidence	16
5. Mise en place du télétravail.....	16
5.1. Caractère volontaire : impossibilité d'imposer le télétravail ?	16
5.2. Changement en cours de contrat	19
5.2.1. Commun accord	19
5.2.2. Demandes unilatérales.....	19
5.2.2.1. Demande émanant du salarié	20
5.2.2.2. Demande émanant de l'employeur.....	20
5.3. Intervention des représentants du personnel.....	21
5.3.1. Intervention lors de la mise en place du télétravail	21
5.3.2. Intervention ultérieure.....	22
5.4. Formalisation contractuelle et clauses obligatoires.....	22
5.4.1. Télétravail occasionnel.....	22
5.4.2. Télétravail régulier	24
5.5. Obligations d'information et de formation	30

6. Égalité et non-discrimination.....	31
6.1. Un principe général de non-discrimination ?	31
6.2. Principes d'égalité de traitement – droit du travail individuel	32
6.3. Principes d'égalité de traitement – droit du travail collectif	33
7. Exécution du contrat.....	34
7.1. Rémunération.....	34
7.2. Frais liés au télétravail.....	34
7.3. Équipements de travail.....	34
7.4. Protection de la vie privée.....	35
7.5. Protection des données	35
7.5.1. Données personnelles des tiers	35
7.5.2. Données personnelles du télétravailleur.....	36
7.6. Durée de travail.....	36
7.7. Sécurité et santé au travail	37
7.7.1. Régime de la sécurité au travail.....	37
7.7.2. Accident du travail.....	38
7.8. Intégration sociale.....	40
7.9. Résiliation du contrat.....	40
8. Contrôle et sanction de l'application de la Convention	40
8.1. Contrôle et surveillance	40
8.2. Sanctions.....	41
Conclusion.....	43

1. INTRODUCTION

Selon les données d'Eurostat, environ 11 % des personnes actives résidentes ont déclaré travailler régulièrement, donc au moins un jour par semaine, à domicile, le Luxembourg occupant ainsi la troisième place des pays où le télétravail est le plus répandu en Europe¹. Il s'agit par ailleurs d'un phénomène en hausse sur la dernière décennie ; le télétravail est ainsi passé de 7 % en 2010 à près de 20 % en 2018², mais tout en restant majoritairement un mode de travail d'appoint³. En raison de la structure de notre économie, le taux de postes « télétravaillables » est supérieur à celui des autres pays européens.

D'après l'analyse faite par Laetitia HAURET⁴, la mise en place effective du télétravail est conditionnée par trois questions successives : est-ce que l'emploi occupé permet le télétravail (48 % de réponses positives d'une enquête auprès des salariés.) Est-ce que l'entreprise offre au salarié la possibili-

té de télétravailler ? (25 % des postes télétravaillables, soit 12 % du total des emplois.) Et enfin, est-ce que le salarié choisit d'utiliser cette option ? (80 % de réponses positives.) Ce qui revient à 10 % des emplois au total qui donnent lieu à un télétravail, du moins occasionnel. Il semble donc que face à la possibilité de télétravailler, ce sont avant tout les entreprises qui sont hésitantes et non les salariés.

Durant la crise sanitaire, le nombre de personnes en télétravail a considérablement augmenté, surtout pendant le confinement⁵. Cette évolution que le STATEC n'hésite pas à qualifier d'« explosion » et de « boom » a fait en sorte que non seulement le nombre de personnes effectuant un télétravail a augmenté, mais également le nombre d'heures prestées en télétravail⁶ ; pour beaucoup de salariés, le télétravail n'était plus une mesure d'appoint ou un travail en alternance, mais occupait la majorité, voire la totalité, de leur temps de travail. Cette mise en place du télétravail s'est faite dans l'urgence, probablement souvent sans

1. Données Eurostat notamment citées dans l'avis du CES sur le télétravail, p. 8.
 2. F. AMEPE, A. FRANZISKUS, A. HARTUNG, J. HURY, J. NEUMAYR, G. OSIER, F. PELTIER, P. REIFF, I. C. SALAGEAN et M. SCHÖCKMEL, *Rapport travail et cohésion sociale*, 2019, éd. STATEC, p. 53. L'enquête est basée sur des données concernant les résidents.
 3. *Ibidem*, p. 55 : « Dans deux tiers des cas, le temps consacré au télétravail reste en dessous de 8 heures par semaine ».
 4. L. HAURET, « Télétravailler : opportunités, choix et bénéfices », Les rapports du LISER, juillet 2019.
 5. Voir notamment : « Le télétravail explose : une expérience jugée positive par la majorité des travailleurs », STATEC Statnews, 19 mai 2020, n° 15. La

contribution note que 69 % des résidents actifs sont passés en télétravail. Pour trois personnes sur quatre, le télétravail était nouveau et lié à la situation de crise. L'expérience est jugée globalement positive (55 %) ou neutre (30 %). Ce taux semble supérieur à celui observé au sein de l'Union européenne dans son ensemble ; EUROFOUND, *Living, working and Covid-19*, 2020, p. 31 et suivantes. Cette étude note aussi que le télétravail est avant tout un phénomène concernant les salariés intellectuels d'un certain niveau d'éducation, travaillant dans un environnement urbain. Elle ne contient pas de chiffres concernant le Luxembourg puisque le nombre de réponses obtenues était insuffisant pour être significatif.

6. Rapport travail et cohésion sociale 2020, STATEC, p. 60 et suivantes.

respecter les formalités requises, tel l'établissement d'un écrit ou la consultation de la délégation du personnel.

Cette évolution imprévue a donné un coup d'accélérateur aux discussions entre partenaires sociaux concernant un encadrement adéquat de cette forme de travail et a débouché, le 20 octobre 2020, à la signature d'une nouvelle convention censée devenir prochainement le texte de référence en la matière.

Notre contribution a pour objectif de jeter un premier regard sur cette convention et de dresser un tableau général du cadre juridique du télétravail au Luxembourg, qui pose certainement des défis au département juridique des entreprises. Quelques modèles de clauses sont proposés à simple titre d'illustration⁷.

Au niveau des attributions non-juridiques des ressources humaines, un effort est également exigé pour adapter l'entreprise, notamment en ce qui concerne la formation du management pour gérer les télétravailleurs et le suivi des télétravailleurs qui doivent s'adapter à leur nouvelle liberté et compléter leurs compétences digitales⁸. Il donne également du fil à retordre au département informatique et au délégué à la protection des données, aspects que nous n'aborderons pas dans ces lignes.

1.1. Avantages et désavantages du télétravail

Le télétravail peut être qualifié de forme atypique, de travail. Par contrat atypique on entend de manière générale les formes de contrat qui diffèrent d'une forme d'organisation de travail considérée comme étant standard ou classique⁹. Puisque la majorité des salariés effectuent leur travail au sein de l'entreprise, le télétravail reste actuellement l'exception. Si certaines formes de travail atypiques présentent avant tout des désavantages pour les salariés (contrats précaires, intérim, travail de nuit, etc.), le télétravail peut – ensemble avec le travail à temps partiel – être compté parmi les formes nouvelles de travail susceptibles de servir tant les intérêts du salarié que les intérêts de l'employeur.

Chacun peut faire des économies : le salarié, au niveau des frais de déplacement (voiture, essence, tickets de

train), et l'employeur, en réduisant ses besoins en locaux de bureau. Pour le salarié, il s'agit aussi d'un moyen pour aboutir à un meilleur équilibre entre vie privée et vie professionnelle. Du point de vue de l'intérêt général, des avantages sont à prévoir pour l'environnement et pour les infrastructures de transport¹⁰ – avantages qui restent cependant hypothétiques¹¹ et ne deviendraient perceptibles que si cette forme de travail se généralisait.

Les temps de trajet sont en effet importants au Luxembourg, surtout pour les nombreux frontaliers ; ces derniers se déplacent en moyenne pendant deux fois cinquante-trois minutes par jour pour le trajet entre leur domicile et leur travail. Si un frontalier français parcourt une distance moyenne de quarante kilomètres pour venir travailler au Luxembourg, les Français travaillant dans leur pays n'habitent en moyenne qu'à quinze kilomètres de leur lieu de travail¹². Si l'usage des transports en commun augmente, la voiture reste cependant largement prédominante (85 – 90 %¹³).

Cette forme de travail nomade présente cependant également des risques. Tout d'abord, il devient plus difficile, tant pour l'employeur que pour le salarié, de contrôler l'horaire de travail. Devant être joignable à tout moment (ou ayant le sentiment de devoir l'être), le télétravailleur risque de prêter des heures qui ne seront au final pas rémunérées. Il y a aussi une intrusion du travail dans la sphère privée et familiale. Normalement, ces sphères sont clairement délimitées par un déplacement géographique : le salarié sort de son domicile pour se rendre au siège de l'employeur, auprès d'un client de l'entreprise ou sur un chantier. Le pouvoir de direction de l'employeur débute à ce moment et cesse si le salarié quitte son lieu de travail¹⁴. En cas de télétravail, il est moins aisé de distinguer les périodes durant lesquelles le salarié est soumis aux ordres et au contrôle de son employeur et des périodes durant lesquelles il ne l'est pas.

N'étant plus en contact avec des collègues de travail, le télétravailleur risque en outre de se déconnecter de son milieu professionnel, ce qui est potentiellement préjudiciable à sa carrière et à son employabilité future et pourrait l'isoler socialement. Du point de vue de la

7. Les clauses sont simplement fournies à titre d'exemple. Aucune garantie n'est accordée quant à leur exhaustivité et légalité. Il appartient à chaque entreprise de consulter le cadre juridique et d'élaborer des clauses adaptées à sa situation spécifique, le cas échéant en recourant aux conseils d'un avocat.

8. Sur le sujet des compétences digitales dans le cadre de la mise en place improvisée du télétravail lors de la crise sanitaire, voir : MARTIN Ludvine et al., Le confinement sera-t-il un tremplin au développement du télétravail et l'acquisition des compétences digitales demandées sur le marché du travail luxembourgeois ? », in : Recueil de contributions COVID-19, Fondation Idea absl, juin 2020.

9. Voir à ce sujet J.-L. PUTZ, *Le travail flexible et atypique*, éd. Promoculture-Larcier, 2016.

10. Sur l'idée des autorités locales françaises de mettre en place sur le territoire français des espaces de *co-working* pour délester l'autoroute, voir notamment la réponse à la question parlementaire n° 3192.

11. Les partenaires sociaux avaient émis de sérieux doutes quant à l'impact bénéfique sur le trafic routier et l'environnement, Avis du C.E.S., *Le télétravail au Luxembourg*, septembre 2020, p. 19 et 20.

12. F. SCHMITZ, « Combien de temps du domicile au travail ? » in La mobilité des frontaliers du Luxembourg, Les Cahiers du CEPS/INSTEAD, octobre 2012, p. 16.

13. F. SCHMITZ, Ph. GERBER, « Voiture ou transports en commun ? Comment les frontaliers se rendent-ils au travail ? », *op. cit.*, p. 14.

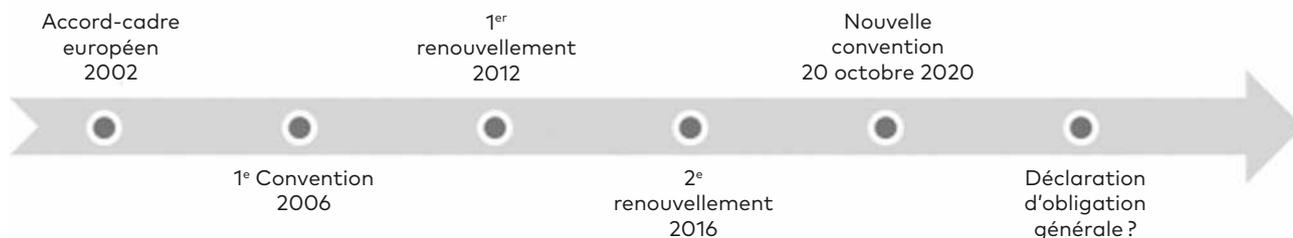
14. CSJ, 3^e, 15 juillet 2014, 39707, LexNow Référence/ID 20201104209 : « Le salarié n'est pas obligé de rendre des services à son patron en dehors des heures de travail, les rapports de subordination cessant après l'horaire normal de travail ».

défense collective des intérêts salariaux, les télétravailleurs sont plus difficiles à contacter, organiser et mobiliser pour les syndicats et les délégués, phénomène qui s'observe pour toutes les formes de travail atypiques. Ainsi, le taux de syndicalisation est le plus élevé dans la fonction publique et parmi les salariés à plein temps sous contrat fixe. Ce sont ces risques que le droit doit contrebalancer.

Les partenaires sociaux attirent aussi l'attention sur les conséquences négatives que le télétravail peut avoir sur les finances publiques du Grand-Duché¹⁵. Pour les frontaliers, l'État risque de perdre les recettes fiscales sur les salaires. Les restaurants et commerces de proximité pâtiront de l'absence des salariés dans leurs bureaux habituels, ce qui dans un second temps se répercute sur les recettes de l'État.

1.2. Bref historique

Le travail à domicile a toujours posé le législateur devant des défis particuliers. Il peut notamment s'avérer difficile de caractériser le lien de subordination en raison de l'éloignement géographique entre employeur et salarié et d'assurer à distance le respect de la législation sociale.



Déjà en 1935, la Chambre du Travail proposait de réglementer le travail à domicile (*Heimarbeit*), notamment en veillant à ce que les salaires soient payés de manière correcte et dans les délais¹⁶. Il s'agissait cependant à l'époque d'une forme différente de travail, plutôt assimilable à des microentrepreneurs. Le déplacement des salariés sur le lieu de l'entreprise ou vers des chantiers est devenu la norme.

Ce n'est que grâce à l'évolution des technologies de la communication et à la dématérialisation des supports que la possibilité d'un travail à domicile a refait son apparition. Néanmoins, l'évolution technique fait aussi réapparaître de nouvelles formes de travail à domicile dans lesquelles les travailleurs sont à nouveau traités comme de petits entrepreneurs individuels, écartés des bénéficiaires et de la protection du droit du travail (travail sur plateformes Internet).

Le CES souligne dans son avis que dès les années 1970, le télétravail par téléphone et par fax a été promu¹⁷. À l'époque, le télétravail n'était pas encadré ; les parties étaient libres d'en convenir, et le droit du travail commun restait applicable. En 1997, le gouvernement a estimé que le télétravail se développerait pour la fin du siècle, mais n'y a pas vu un poste de nouveaux gisements d'emploi¹⁸. Avant de prendre une initiative législative lui-même, le gouvernement a préféré attendre une initiative européenne en la matière¹⁹.

Une première réglementation est intervenue sur base d'un accord-cadre négocié en 2002 par les partenaires sociaux sur le plan européen. Cet accord – qui était le premier accord mis en œuvre par les partenaires sociaux européens eux-mêmes – visait à moderniser et à améliorer les relations de travail. Il reste en vigueur à ce jour, mais ne concerne que le télétravail régulier.

Les partenaires sociaux luxembourgeois ont laissé passer plusieurs années avant de transposer cet accord européen en 2006 dans un accord national²⁰, dont la formulation était largement inspirée par le texte européen. Néanmoins, l'accord national a également détaillé certains points par rapport au cadre européen²¹. Cet accord a été déclaré d'obligation générale et s'imposait

15. Avis du CES, *op. cit.*, p. 20.

16. Chambre du Travail, Projekt zu einem Gesetzbuch der Arbeit, 1935, Erläuterung des Projektes, art. 155.

17. Avis du CES, *op. cit.*, p. 6.

18. Réponse à la question parlementaire n° 116. Certains membres d'un groupe de travail avaient plaidé en faveur d'une réglementation du télétravail pour éviter une délocalisation massive des activités vers l'étranger, tandis que d'autres ont préféré une réglementation internationale pour éviter des phénomènes de distorsion de concurrence.

19. Réponse à la question parlementaire n° 460, avril 2000. Il a été estimé que l'égalité de traitement est réalisée du simple fait que les télétravailleurs sont soumis au même régime juridique que les salariés présents dans une entreprise.

20. Règlement grand-ducal du 13 octobre 2006 portant déclaration d'obligation générale de la Convention relative au régime juridique du télétravail conclue entre les syndicats OGB-L et LCGB, d'une part et l'Union des Entreprises Luxembourgeoises, d'autre part.

21. Sur la transposition de l'accord européen au Luxembourg, voir : Commission Staff Working Paper, Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework, COM(2008) 412 final, p. 23.

dès lors à toutes les entreprises. Tout comme pour son pendant européen, son champ d'application était cependant restreint, puisqu'il ne visait que le télétravail « régulier », notion dont de nombreuses entreprises ont profité pour considérer qu'un télétravail qui n'a lieu que quelques jours par mois ne les oblige pas à respecter la convention.

Puisque cette convention nationale était limitée à une durée de trois ans, elle cessait d'être applicable pendant plusieurs années, avant d'être renouvelée en 2012²² et 2016²³, sans cependant subir de changements au fond²⁴.

Le dernier accord de coalition²⁵ précisait que l'accord interprofessionnel sur le télétravail devait être évalué. L'extension du télétravail sera promue tout en vérifiant certains aspects en matière de droit du travail et de santé au travail. Les contacts en vue de solutions praticables pour les salariés frontaliers seront pris avec nos voisins. Parmi d'autres formes de travail modernes et flexibles, le télétravail devait être promu pour pouvoir concilier encore davantage vie familiale et vie professionnelle (*work-life balance*²⁶).

Durant la crise sanitaire liée au virus de la Covid-19, le télétravail a été fortement encouragé par le gouvernement dès mars 2020, et des aides financières pour permettre aux entreprises d'investir dans les infrastructures nécessaires ont été mises en place. Dernièrement, le gouvernement a cependant adopté une position plus réservée et nuancée, le Premier ministre ayant rappelé que le télétravail n'est pas une solution à tous les problèmes. En outre, l'idée d'un « chèque technologique » à charge de l'État pour permettre aux entreprises ou aux salariés de s'équiper a été rejetée²⁷.

La réévaluation de l'accord interprofessionnel a eu lieu et a donné lieu à un avis du Conseil économique et social (CES) en septembre 2020²⁸. Cet avis ne devait initialement porter que sur le télétravail frontalier, mais en raison des conséquences de la crise sanitaire sur cette forme de travail, le CES a étendu son analyse. En annexe de cet avis figurait déjà un projet de convention relative

au régime juridique du télétravail. Sans y apporter de grands changements²⁹, les partenaires sociaux ont trouvé en date du 20 octobre 2020 un accord sur une version finale de cette convention (ci après : « la Convention »). Il ne reste désormais plus qu'à la faire déclarer d'obligation générale.

La nouvelle Convention reprend de nombreux paragraphes de ses prédécesseurs, tout en innovant sur d'autres points. Le CES, en proposant les changements, avait considéré que le cadre légal et réglementaire actuel du télétravail ne correspond plus guère à la pratique caractérisée par une accélération de la digitalisation. Les principaux apports de la nouvelle Convention sont les suivants :

- Une importante extension de son champ d'application, puisque la plupart des clauses seront applicables au télétravail occasionnel ;
- L'abolition de la période d'adaptation en cas de recours au télétravail en cours d'exécution du contrat ;
- L'abolition d'un cadre légal précis pour le retour vers la formule de travail classique ; ces aspects relèvent désormais entièrement de l'autonomie contractuelle ;
- L'abolition du droit de l'employeur d'accéder au domicile du télétravailleur ;
- Une simplification administrative, puisqu'un avenant au contrat n'est plus nécessaire dans tous les cas et que la liste des clauses obligatoires a été réduite ;
- Une extension de l'implication de la délégation du personnel, notamment en faisant du télétravail un sujet de co-décision dans les grandes entreprises.

Aucune solution n'est et ne pourrait être apportée par la Convention aux problèmes fiscaux et de sécurité sociale pour les frontaliers³⁰. Sur ce plan, le gouvernement devra poursuivre ses négociations avec les pays voisins.

La quatorzième et dernière clause de la Convention invite en outre le législateur à procéder à certains changements. Les deux premiers points nous paraissent inu-

22. Règlement grand-ducal du 1^{er} mars 2012 portant déclaration d'obligation générale de la convention relative au régime juridique du télétravail conclue entre l'Union des Entreprises Luxembourgeoises, d'une part et les syndicats OGB-L et LCGB, d'autre part.

23. Règlement grand-ducal du 15 mars 2016 portant déclaration d'obligation générale d'une convention relative au régime juridique du télétravail conclue entre l'Union des Entreprises Luxembourgeoises, d'une part et les syndicats OGB-L et LCGB, d'autre part.

24. Les partenaires sociaux considéraient qu'en raison des problèmes de fiscalité et de sécurité sociale, le recours au télétravail était limité, de sorte qu'il n'était « pas opportun de réviser ladite convention et qu'il convient d'en prolonger l'application » (Préambule à la Convention de 2011/2012). Voir aussi la réponse à la question parlementaire n° 1020 considérant qu'« un encouragement supplémentaire pour cette forme de travail ne s'impose (pas) et ce d'autant plus qu'aucune demande en ce sens ne m'a été communiquée par

les partenaires sociaux. Il s'ensuit également que l'élaboration d'une chartre sur le télétravail ne semble pas nécessaire actuellement (...) ».

25. Accord de coalition 2018-2023, p. 155.

26. Accord de coalition 2018-2023, p. 29.

27. Réponse à la question parlementaire n° 2504 : « Actuellement la mise en place d'un chèque technologique n'est pas envisagée ».

28. Avis du CES, *op. cit.*

29. Des changements mineurs ont été apportés aux articles 9 et 14.

30. Si les frontaliers sont aussi nombreux à se faire proposer le télétravail que les résidents, ils sont cependant moins nombreux à accepter l'offre selon l'étude menée par L. HAURET, *op. cit.*, p. 25 et 30 qui note : « Les barrières réglementaires, tant fiscales que sociales, peuvent laisser à penser aux frontaliers que ce mode d'organisation du travail est difficilement gérable compte tenu des démarches administratives qu'il peut impliquer et les conséquences possibles sur leur rémunération ».

tiles, parce que la Convention elle-même a mis en place les changements souhaités. Les quatre autres points sont assez vagues. Ils n'ont aucune valeur juridique mais constituent une simple invitation adressée au législateur. Cette invitation montre cependant que les partenaires sociaux ne considèrent pas leur Convention comme étant exhaustive pour encadrer le télétravail puisque d'autres règles doivent être modifiées. Or, la Convention de 2006 contenait déjà la même invitation, et depuis quatorze ans, les autorités ne l'ont pas honorée. Le ministre a cependant récemment promis de faire les adaptations nécessaires³¹.

2. ENCADREMENT JURIDIQUE DU TÉLÉTRAVAIL

Sur le plan international, le travail à domicile est encadré par une recommandation de l'OIT de 1996³². Une convention de l'OIT de la même année est entrée en vigueur en 2000³³, mais seulement dix États l'ont ratifiée à ce jour, le Grand-Duché n'en faisant pas partie.

Sur le plan européen, le télétravail est encadré par l'accord-cadre de 2002. Sur le plan national, ce sera la Convention de 2020 qui fournira très prochainement le cadre juridique (titre 2.1). Cette Convention peut également être considérée comme une convention-cadre, puisqu'elle ouvre la possibilité à des accords d'application (titre 2.2).

En tout état de cause, un télétravailleur reste à la base un salarié, de sorte que l'ensemble des autres règles formant le droit du travail restent d'application. La Convention ne vient qu'ajouter quelques règles spécifiques.

Par ailleurs, d'autres textes peuvent encore venir encadrer dans le télétravail. Dans le secteur bancaire par exemple, la CSSF pourrait élaborer une circulaire.

2.1. Régime général : la Convention de 2020

Face à la volonté du gouvernement et des partenaires sociaux de moderniser les règles sur le télétravail, deux possibilités s'offraient, à la base, considérant que suivant le « modèle luxembourgeois » tripartite, un accord entre employeurs, salariat et gouvernement était recherché au possible. La première manière de procéder aurait été,

comme cela s'est fréquemment fait par le passé, de négocier un accord des partenaires sociaux (que ce soit au sein du CES, du comité tripartite ou du CPTÉ), puis de le couler dans une loi votée par la Chambre. La seconde option, choisie en l'espèce pour être le « meilleur instrument pour régler la matière³⁴ », est celle d'un accord national signé entre employeurs et salariat, puis déclaré d'obligation générale par le gouvernement.

Quant à la nature juridique de cette Convention, ainsi que des conventions qui l'ont précédée, il s'agit d'un « accord national », respectivement d'un « accord en matière de dialogue social interprofessionnel » au sens des articles L. 165-1 et suivants du Code du travail. Ce type d'accord doit être signé entre des organisations d'employeurs et les organisations syndicales bénéficiant de la reconnaissance de la représentativité nationale générale.

Conformément à ces exigences, l'accord a été signé par les deux syndicats bénéficiant de la représentativité nationale, à savoir l'OGBL et le LCGB. Du côté patronal, la représentativité de l'UEL (Union des Entreprises luxembourgeoises), fédérant les principales organisations patronales (ABBBL, ACA, CLC, FDA, FEDIL, HORESCA) ne prête pas à discussion. Ce type d'accord peut être déclaré d'obligation générale, et telle est également sa vocation. Vu le large accord entre partenaires sociaux, il ne fait pas de doute que cette déclaration d'obligation générale sera prochainement accordée, à l'issue d'une procédure qui fait intervenir l'ONC (Office national de conciliation) et le ministre du Travail. À partir de ce moment, la Convention sera contraignante.

Le choix de cet instrument a notamment les implications suivantes :

- Les partenaires sociaux peuvent à tout moment renégocier leur accord. Il peut aussi être unilatéralement dénoncé et cesser d'être applicable.
- Dans la hiérarchie des normes, la Convention se situe en-dessous des lois et des règlements grand-ducaux, mais (probablement³⁵) au-dessus des conventions collectives, accords subordonnés et du contrat individuel.
- Au niveau des principes d'interprétation, la jurisprudence luxembourgeoise est hésitante : longtemps, elle a considéré que les accords collectifs sont à interpréter

31. Réponse à la question parlementaire n° 2797 : « Sollt sech awer eraussellen, dass niewt dem neien Accord interprofessionnel fir den Télétravail zu Lëtzebuerg nach Dispositionen am Arbechtsgesetz néideg sinn fir den Teletravail zu Lëtzebuerg nach besser z'encadréieren, wärt d'Regierung desem Besoin natierlech nokommen ». Or, il résulte clairement de la Convention qu'aux yeux des partenaires sociaux, de telles adaptations sont requises.

32. Recommandation de l'OIT n° 184 sur le travail à domicile de 1996.

33. Convention OIT n° 177 sur le travail à domicile de 1996.

34. Avis du CES sur le télétravail, p. 26 ; suivant des articles de presse de juin 2020, le Ministre avait à ce moment envisagé de mettre à jour la réglementation sur le télétravail en remplaçant la convention par une loi.

35. La hiérarchie entre accords nationaux et conventions collectives n'est pas clairement réglée par la loi.

subjectivement (en se basant sur la volonté des parties³⁶). Dans des arrêts plus récents, de 2017³⁷ et 2019³⁸ la Cour a exprimé sa préférence pour une interprétation objective, donc textuelle. Puisque pour le salarié, la convention collective revêt un caractère réglementaire, et dans un souci de sécurité juridique, il y a lieu de privilégier la lettre sur l'esprit du texte. Uniquement si les dispositions d'une convention collective ne sont pas univoques, les juges peuvent se référer à la commune intention des parties contractantes lorsque celle-ci peut être déduite des éléments du dossier³⁹.

- L'article L. 162-13 ne vise pas explicitement les accords nationaux, mais par analogie, on pourrait soutenir d'un côté que l'action en interprétation judiciaire est ouverte et d'un autre côté que les syndicats ont la possibilité d'agir en justice ou d'assister les salariés dans la défense de droits liés au régime du télétravail, possibilités qui ne sont pas ouvertes pour des textes législatifs.

2.2. Régimes spécifiques : les accords d'application

La convention a vocation à s'appliquer sur le plan national, tous secteurs économiques confondus. La clause 4 de la Convention prévoit la possibilité d'introduire un **régime spécifique** du télétravail à des niveaux inférieurs. Il s'agit des niveaux suivants, qui peuvent le cas échéant se cumuler :

- **Au niveau d'un secteur**, par accord sectoriel ou convention collective de secteur ;
- **Au niveau de l'entreprise**, en « externe », par convention collective d'entreprise, en « semi-interne », par voie d'accord subordonné ou en « interne », par une décision patronale, voire par une sorte d'« accord d'entreprise » avec la délégation du personnel.

Quant aux moyens par lesquels un tel régime spécifique peut être mis en place, les possibilités suivantes sont ouvertes :

- **L'accord sectoriel ?** Ce n'est pas explicitement prévu par la Convention, mais l'article L.165-1 ouvre à notre

sens la possibilité pour les partenaires sociaux de conclure des accords interprofessionnels ne concernant qu'un secteur déterminé. Il semble dès lors en théorie possible – mais en pratique peu plausible – que des accords sectoriels sur le télétravail soient conclus, puis déclarés d'obligation générale.

- **La convention collective.** En résumé⁴⁰, les conventions collectives peuvent être signées au niveau du secteur ou au niveau de l'entreprise. Rappelons toutefois qu'une convention collective est censée régir l'ensemble des conditions de travail et non un sujet spécifique, et qu'il ne peut y avoir qu'une seule convention collective par entreprise⁴¹. On ne peut donc conclure une « convention collective sur le télétravail » ou une convention collective applicable aux seuls télétravailleurs. L'idée est plutôt que les futures conventions collectives abordent le télétravail en apportant des précisions relatives au régime du télétravail, tout en respectant le cadre fixé par la Convention de 2020.

Le choix entre une convention collective de secteur ou d'entreprise est alternatif et non cumulatif. En présence d'une convention de secteur, l'instrument à utiliser au niveau de l'entreprise est celui de l'accord subordonné.

- **L'accord subordonné.** Les accords subordonnés ont été introduits en 2004⁴² et sont réglés à l'article L. 162-7 (2) du Code du travail. Si de tels accords peuvent, le cas échéant, être négociés au niveau de l'entreprise, l'autonomie reconnue à l'employeur et aux délégués est cependant limitée, puisque ces accords ne sont valables que si les signataires de la convention collective cadre marquent leur accord. Les syndicats ont voulu garder la mainmise sur cette négociation au niveau inférieur.

Il n'est pas clair à notre sens si la Convention suffit à elle-seule pour permettre de conclure des accords subordonnés, ou s'il faut nécessairement des conventions collectives cadres qui s'intercalent. L'article L. 162-7 (2) ne prévoit pas explicitement que des accords nationaux puissent ouvrir la possibilité d'accords subordonnés, puisqu'il réserve cette possibilité aux conventions col-

36. Voir à ce sujet J.-L. PUTZ, *Le droit du travail collectif*, Tome 1 – Relations professionnelles, Promoculture-Larcier, 2012, p. 298.

37. CSJ, 8^e, 18 mai 2017, 43745, LexNow Référence/ID 20201117321 : « Il y a lieu de souligner ensuite que si entre les parties signataires, la convention collective constitue une convention de droit privé, il n'en est pas de même pour le salarié soumis aux règles de la convention collective, pour lequel elle revêt un aspect réglementaire. De ce fait, il y a lieu, dans un souci de sécurité juridique, de privilégier la lettre sur l'esprit du texte, d'autant plus qu'en l'espèce, l'intention commune des parties signataires de la convention collective litigieuse n'est pas connue en l'absence d'écrits probants, notamment de compte-rendu des négociations de la convention collective litigieuse ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi, mais sans entériner explicitement cette solution. Elle a considéré que les juges avaient à suffisance justifié le recours à une interprétation littérale en retenant l'absence d'éléments permettant de déterminer l'intention commune des parties ; CSJ, cass., 25 octobre 2018, n° 95/2018, n° 4008 du registre, LexNow Référence/ID 20201109257.

38. CSJ, 8^e, 28 novembre 2019, CAL-2018-00512, LexNow Référence/ID 20191211745 : « S'il convient, dans un souci de sécurité juridique, de « privilégier la lettre

sur l'esprit », force est de constater en l'espèce, que les dispositions de la Convention ne stipulent pas de façon claire et univoque que le « Reserve Standby » devrait être rémunéré de la même façon que le « Standby » ». Cet arrêt se réfère explicitement à l'arrêt d'appel de 2017 et à l'arrêt de cassation de 2018.

39. Ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt de 2017, tandis que l'intention des parties pouvait être déterminée dans le second cas.

40. On peut encore envisager la signature au niveau d'une branche, d'un groupe de sociétés ou d'une entité économique et sociale, art. L. 161-2.

41. Exception faite des cadres supérieurs et de l'hypothèse d'un transfert d'entreprise.

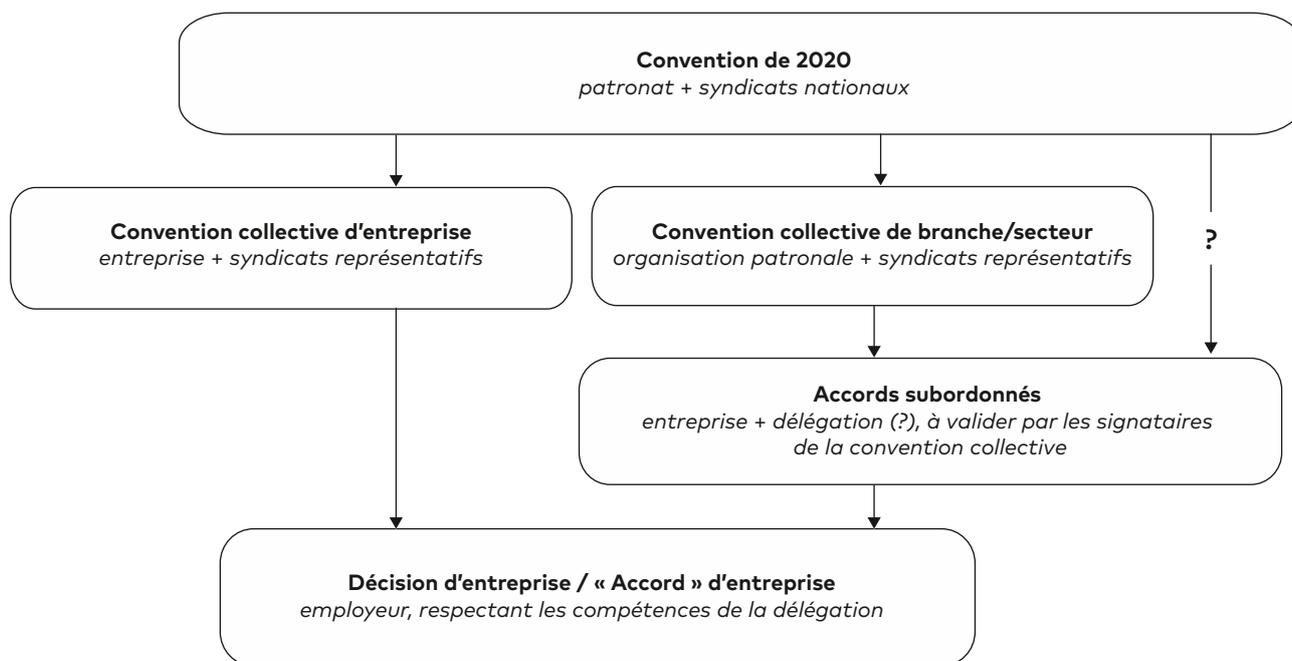
42. Conseil Économique et social, réforme de la législation sur les conventions collectives de travail, 1997, Remarques préliminaires, point 1.3. ; le groupe patronal avait sollicité une nouvelle innovation qui correspondrait à un besoin se faisant de plus en plus sentir : « Il s'agit de la faculté d'arranger, à l'intérieur des conventions collectives de travail, une certaine latitude permettant des arrangements intra-entreprises dans des domaines précis ».

lectives. En outre, on peut douter du fait que Convention contient toutes les quatre mentions exigées par cet article⁴³. Nous sommes dès lors hésitants à admettre que des accords subordonnés puissent être conclus sans convention collective cadre qui le prévoit.

- **La décision patronale « interne ».** Dans le respect de la marge de manœuvre laissée ouverte par la Convention et d'éventuels autres accords ou d'éventuelles autres conventions qui viennent s'intercaler, il reste encore la possibilité de définir le régime spécifique du télétravail au niveau de l'entreprise. Il s'agit ici tout simplement du pouvoir dont dispose l'employeur pour organiser son entreprise en interne, dans le respect du cadre légal et conventionnel qui s'impose à lui. L'employeur peut dès lors, par voie de décisions unilatérales (règlement interne, circulaire, etc.) préciser le régime du télétravail

au sein de son entreprise. Il devra cependant le faire dans le respect des attributions et compétences de la délégation, donc :

- Dans les entreprises de moins de 15 salariés, il n'y a pas de délégués.
- Dans les entreprises de 15 à 150 salariés, le télétravail relève de la compétence consultative. Par conséquent, une information et consultation des délégués s'imposent par conséquent.
- Dans les entreprises de 150 salariés ou plus, le télétravail relève de la compétence de codécision. L'employeur a dès lors besoin de l'accord de la délégation. On peut y voir une sorte d' « accord d'entreprise⁴⁴ », même s'il n'existe pas de cadre juridique général pour de tels accords⁴⁵.



Entre ces normes prévaut le principe de faveur, chaque niveau devant respecter le cadre fixé par le niveau supérieur et ne peut y déroger que dans un sens plus favorable au salarié⁴⁶.

La Convention de 2020 est cependant auto-suffisante, en ce sens qu'elle est contraignante, et suffisamment

précise dans ses dispositions, pour s'appliquer même en l'absence d'accords d'application intermédiaires.

Selon les termes de la Convention, les sujets suivants peuvent notamment être abordés au niveau inférieur :

- Les catégories de salariés exclus du télétravail ;

43. Elle ne mentionne pas explicitement qu'il s'agit d'une convention-cadre. Elle ne fixe pas non plus très clairement le niveau auquel cette négociation peut avoir lieu, ni qui prend part aux négociations.

44. Terme utilisé dans l'avis du C.E.S, *op. cit.*, p. 28.

45. Le Code du travail règle les « accords spécifiques » aux articles L. 231-6 et 211-31 pour des cas très spécifiques. Il n'existe pas de régime général des

accords d'entreprise. La valeur juridique d'accords conclus avec la délégation reste incertaine. Il faut rappeler en particulier que la délégation du personnel n'a pas la personnalité juridique.

46. Sauf si le niveau supérieur autorisait une dérogation défavorable, ce qui ne nous semble être le cas pour aucune des clauses de la Convention de 2020.

- Les lieux ou types de lieux autorisés ;
- Les règles en matière de sécurité et santé au travail ;
- Les règles en matière de protection des données à caractère personnel ;
- Les personnes de contact dans le cadre du télétravail.

À l'heure actuelle, parmi les conventions collectives accessibles au public, très peu abordent le télétravail. La Convention collective du secteur bancaire par exemple, dans son article 35 dédié à la responsabilité sociale des entreprises, invite les employeurs à mettre en place des mesures de motivation des salariés par l'introduction de modèles de travail innovants tels que le télétravail.

La convention collective de la Poste⁴⁷ instaure un droit au télétravail. Son article 17 prévoit que pour autant que la sécurité de la collecte et du traitement des données est assurée, l'entreprise accordera aux salariés effectuant des travaux administratifs, à l'exclusion de toute mission ou tâche « PSF », la possibilité d'effectuer du télétravail. Ce droit est cependant ensuite relativisé en ces termes : « Toute autorisation de télétravail reste cependant à l'entière discrétion de l'Entreprise, sa décision tenant notamment compte de ses obligations légales en matière de sécurité des données devant, le cas échéant, être collectées et traitées par le salarié à son domicile. »

3. CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

3.1. Champ d'application temporel

Si un accord national peut en principe produire dès sa signature un effet pour les employeurs adhérents aux organisations signataires, tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque la Convention a été conclue sous la condition suspensive de sa déclaration d'obligation générale. Tant que celle-ci n'est pas intervenue par voie de règlement grand-ducal publié au Mémorial, l'ancienne convention de 2016 continue dès lors à régir le télétravail.

Au niveau de la durée de la Convention, les partenaires sociaux ont eu la bonne idée de ne plus limiter leur accord dans le temps, ce qui les obligeait par le passé à renouveler tous les trois ans les négociations. La Convention a été conclue pour une durée de trois ans (à compter de son entrée en vigueur), mais sera reconductible ensuite à durée indéterminée, le délai de résiliation convenu correspondant aux trois mois qui sont d'usage en matière d'accords collectifs.

Dès lors, la Convention ne peut être résiliée durant les premiers deux ans et neuf mois de son entrée en vigueur et pourra par la suite être à tout moment dénoncée par une des parties. À notre sens, chacun des deux syndicats signataires pourrait la dénoncer.

Si en matière de conventions collectives, il est explicitement prévu que la dénonciation vaut ouverture de nouvelles négociations, ce principe n'est pas explicitement énoncé pour les accords nationaux. En pratique toutefois, la dénonciation devrait s'accompagner d'une renégociation. En tout cas, la Convention cesserait de produire ses effets soit si une nouvelle Convention vient la remplacer, soit si le préavis de trois mois a expiré. Le délai pour une renégociation après dénonciation est dès lors très court⁴⁸.

Si la Convention venait à cesser de s'appliquer, cela vaudra à l'égard de tous, malgré sa publication au Mémorial. Notre législation sur les accords collectifs ne prévoit cependant pas que la dénonciation est à publier au Mémorial, ce qui soulève des interrogations au niveau de l'information des tiers et de l'opposabilité de la dénonciation.

3.2. Champ d'application personnel – travailleurs

Au niveau du champ d'application personnel, il s'agit de déterminer à quelles personnes le régime du télétravail devra s'appliquer. Dans la grande majorité des cas, aucune difficulté pratique ne se présentera. En y regardant de plus près, trois aspects méritent analyse : d'un côté le régime du télétravail ne s'applique qu'aux salariés (titre 3.2.1); d'un autre côté, le travail depuis le domicile remet sur l'échiquier la notion même de « salarié » (titre 3.2.2.), ainsi que sur celle de « cadre » (titre 3.2.3.).

3.2.1. Un régime limité aux salariés

La Convention, dès qu'elle aura été déclarée d'obligation générale, s'appliquera à tous les salariés travaillant au Luxembourg, mais uniquement aux salariés. La définition même du télétravailleur se réfère de manière générale à toute « personne qui effectue du télétravail ». Néanmoins, la clause 2 clarifie que seuls les « salariés visés par le Code du travail » sont concernés. Dès lors, tous les salariés sont couverts, qu'ils travaillent sous CDD ou sous CDI, qu'ils soient en période d'essai ou non, à temps plein ou à temps partiel.

La Convention précise de manière inutile que les personnes qui ont un statut de droit public ou assimilé

47. Convention non déclarée d'obligation générale, mais publiée sur le site Internet du syndicat ALEBA.

48. En cas de commun accord, les partenaires sociaux peuvent également renégocier la Convention sans devoir la dénoncer au préalable. La dénonciation est plutôt un outil pour qu'une des parties puisse contraindre l'autre à se

remettre autour de la table. Vu que le délai de maintien de la Convention dénoncée n'est que de trois mois (contrairement à 12 mois, voire plus, pour les conventions collectives), la dénonciation nous semble toutefois être une démarche risquée, qui pourrait rapidement aboutir à un vide juridique.

(employés d'État et employés communaux) ne sont pas concernées, ce qui découle de toute manière du fait qu'il s'agit de fonctionnaires et non de « salariés ». Sont encore exclues toutes autres personnes pouvant être actives dans l'entreprise, mais qui ne sont pas à qualifier de salariés au sens du Code, notamment :

- Les stagiaires et les apprentis ;
- Les personnes sous contrats d'insertion ou d'activation (mesures de réinsertion) ;
- Les bénévoles ;
- Les collaborateurs externes indépendants ;
- etc.

Pour les intérimaires, qui sont majoritairement présents dans l'industrie et le bâtiment, la question du télétravail semble quelque peu théorique. Ils effectuent toujours leur travail en dehors de l'entreprise de leur employeur (l'entreprise de travail intérimaire), mais généralement dans les locaux ou sur les chantiers de l'entreprise utilisatrice. Néanmoins, une prestation intérimaire en télétravail semble concevable et serait soumise à notre sens à la Convention.

3.2.2. Télétravail et lien de subordination

Une personne travaillant depuis son domicile (ou à distance) peut être un salarié ou un indépendant ; dans le premier cas, la Convention sera applicable, dans le second, elle ne le sera pas. Rappelons que le critère central entre la qualité d'indépendant et de salarié est celui du « lien de subordination » qui caractérise la relation de travail. Les juges, en se basant sur un faisceau d'indices, apprécient librement si une personne est à qualifier de salarié ou d'indépendant ; le choix fait par les parties dans leur contrat ne lie pas le tribunal.

Le télétravail peut parfaitement s'exercer sous le statut de salarié. Il n'y a cependant au Luxembourg pas de présomption qu'un travail rémunéré fait à domicile se fait sous un lien de subordination⁴⁹. La charge de la preuve de l'existence d'une relation de travail incombe en principe à celui qui s'en prévaut⁵⁰. Or, cette forme de travail à distance peut avoir des conséquences lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'un lien de subordination. En effet, les critères classiques du lien de subordination (horaire fixe, lieu de travail fixe, intégration dans la structure patronale, outils de travail appartenant à l'employeur, contrôle patronal) subissent une altération en cas de télétravail, puisque l'employeur n'est pas (phy-

siquement) présent et que les lieux de travail, voire même l'équipement de travail, appartiennent au salarié. En cas de contestation, il faut donc des indices supplémentaires pour conclure que la personne qui travaille à distance est un télétravailleur et non un « téléindépendant ».

Dans une décision en particulier⁵¹, le statut de salarié d'une personne était contesté puisqu'elle était membre du conseil d'administration. Les juges ont analysé de nombreux aspects, dont notamment la question de savoir si un travail réel, et distinct du mandat social avait été effectué. La salariée a argumenté qu'elle avait effectué des prestations en télétravail. Pour les juges, les tâches de comptabilité et de contrôle nécessitaient cependant une présence régulière et effective dans l'entreprise ; en outre, le contrat ne mentionnait pas le télétravail, de sorte qu'ils ont conclu que : « le travail à distance rend encore plus invraisemblable un travail sous le contrôle de l'administrateur délégué, qui est de surcroît un parent proche. » Le télétravail a dès lors été vu comme un indice plaidant en défaveur d'un lien de subordination.

Nous n'entrons pas dans les détails, mais il suffit de penser aux nombreux travailleurs sur plateformes (*clickworkers*), effectuant des travaux depuis leur ordinateur personnel pour voir à quel point la question du lien de subordination est importante : l'économie de plateforme recourt-elle à des indépendants ou à des travailleurs ? La Convention de 2020 est-elle applicable ou non ? L'enjeu est de taille. Comme l'a noté Luca RATTI, ces nouvelles formes de *work-on-demand* et de *crowdwork* déplacent les catégories du droit du travail⁵².

3.2.3. Télétravail et statut de cadre supérieur

La Convention ne réserve pas de dispositions spécifiques aux cadres supérieurs ; puisque les cadres sont des « salariés » au sens large, ils sont dès lors soumis en principe au même régime que les salariés ordinaires.

Une question peut cependant se poser : peut-on être cadre supérieur si l'on est télétravailleur ? En effet, du moins en ce qui concerne les règles sur la durée de travail, sont exclus : « les cadres supérieurs dont la présence à l'entreprise est indispensable pour en assurer le fonctionnement et la surveillance » (L. 211-3). Or, un télétravailleur n'est, par définition, pas présent à l'entreprise. Dans un litige porté devant le tribunal du Luxembourg, une personne réclamait le paiement d'heures supplémentaires qui auraient été prestées

49. La Recommandation de l'OIT n°184 sur le travail à domicile de 1996 peut s'interpréter dans le sens d'une présomption, puisque le travail à domicile est réputé être fait par un travailleur à domicile « à moins que cette personne ne dispose du degré d'autonomie et d'indépendance économique nécessaire pour être considérée comme travailleur indépendant ».

50. La jurisprudence précise cependant qu'en présence d'un contrat de travail écrit, il y a une présomption de salariat et de subordination que l'autre partie devra renverser.

51. TT Lux., 3 février 2017, n° 489/2017, LexNow Référence/ID 20201117329.

52. L. RATTI, « Les deux faces du travail sur plateformes numériques : Crowdwork et work on-demand », RPDS, n° 6, avril 2020, p. 12.

en télétravail. La qualité de cadre supérieur était litigieuse et, au vu de la disposition qui précède, le Tribunal du travail avait dès lors invité les parties à préciser si un télétravailleur peut être considéré comme une personne dont la présence à l'entreprise est indispensable⁵³. Après avoir analysé la définition légale du cadre, les juges sont arrivés à la conclusion que : « La présence indispensable du cadre supérieur pour assurer le fonctionnement et la surveillance de l'entreprise [fait] en fait partie du pouvoir de direction dont le cadre supérieur est attributaire⁵⁴. »

On peut conclure de cette dernière décision que le statut de cadre implique la présence dans l'entreprise, et donc qu'un télétravailleur (du moins à partir d'un certain pourcentage de télétravail) ne peut pas être considéré comme cadre supérieur. Si cette solution semble logique au regard de la formulation du texte légal, ce dernier semble cependant désuet ; il remonte à une époque à laquelle on était nécessairement absent des événements lorsqu'on n'était pas présent à l'entreprise. Aujourd'hui, le télétravail permet d'accorder une certaine autonomie et responsabilité au salarié, et devrait donc être compatible avec le statut de cadre supérieur. Les statistiques montrent en outre que c'est surtout parmi les professions qualifiées et exerçant une fonction de supervision que le télétravail est le plus répandu⁵⁵.

3.3. Champ d'application personnel – employeur

Du côté patronal, dès lors que la Convention sera déclarée d'obligation générale, elle s'appliquera à tous les employeurs occupant du personnel au Grand-Duché de Luxembourg. Si les fonctionnaires en sont exclus, elle s'applique cependant à l'ensemble des salariés qui travaillent dans le secteur public, que ce soit auprès de l'État, des communes ou d'établissements publics.

Est toutefois exclu de la Convention le « détachement à l'étranger ». Le texte n'est pas très clair et on peut se demander s'il vise toute forme de détachement ou seulement le détachement d'un salarié luxembourgeois à l'étranger. Normalement, en vertu des articles L. 010-1 et L. 141-1 du Code du travail, certaines des règles contenues dans des accords nationaux déclarés d'obligation générale sont également applicables aux salariés étrangers temporaire-

ment détachés au Luxembourg. Tel pourrait être le cas notamment des règles de non-discrimination bénéficiant aux télétravailleurs en vertu de la Convention. La question paraît cependant être une hypothèse peu fréquente en pratique ; quel employeur étranger détacherait en effet ses salariés au Luxembourg pour y effectuer du télétravail ? L'exception mentionnée par la Convention est à notre avis plutôt à interpréter en ce sens que le détachement à l'étranger n'est pas à considérer comme télétravail.

3.4. Champ d'application territorial

La Convention ne règle que des questions de droit du travail ; elle n'a aucune compétence pour régler des questions de sécurité sociale ou de droit fiscal. Néanmoins, ce sont ces trois aspects qui posent difficultés pour les travailleurs frontaliers, de sorte qu'une brève analyse d'ensemble s'impose avant d'analyser le champ d'application territorial de la Convention. Nous partons dans notre analyse de l'hypothèse que le télétravail se fait au domicile du salarié. S'il se faisait à un autre endroit, les réponses seraient encore plus complexes.

Comme nous le verrons par la suite, la Convention fait la distinction entre le télétravail occasionnel et régulier. Les conventions internationales qui déterminent le droit du travail, le régime fiscal et le régime de sécurité sociale applicables en font de même, mais avec des seuils différents. La situation peut se résumer comme suit, abstraction faite des accords dérogatoires négociés d'urgence pendant la crise sanitaire⁵⁶ :

Branche	Seuil	Impact
Droit fiscal	entre ca. 9 et 13 % du temps de travail : – France : 29 jours ⁵⁷ – Allemagne : 19 jours – Belgique : 24 jours	Imposition dans le pays de résidence à concurrence du nombre d'heures qui y sont prestées.

53. TT Lux., 21 mai 2019, n° 1690/19, LexNow Référence/ID 20201117330.

54. TT Lux., 18 février 2020, n° 617/20, LexNow Référence/ID 20201105210.

55. L. HAURET, *op. cit.*, p. 6 et p. 24-28 ; la « fonction de supervision » a des conséquences positives sur la question de savoir si l'entreprise offre la possibilité de télétravailler, mais pas d'impact significatif sur le choix du salarié de l'accepter. Le critère de la « profession qualifiée » a un impact positif sur les deux aspects. L'impact du fait d'exercer une fonction de supervision sur la perception que l'emploi se prête au télétravail ne tient cependant qu'au fait que ces salariés sont également ceux qui exercent des professions qualifiées (*ibidem*, p. 17) ; voir aussi *Rapport travail et cohésion sociale 2019*, STATEC, p. 56 ; voir aussi : « Le télétravail, à consommer avec modération ? », *Regards*, n° 7/2020, STATEC.

56. Tant au niveau fiscal qu'au niveau de la sécurité sociale, des dérogations ont été mises en place en raison de la pandémie ; voir à ce sujet L. CHAPPELLE, « Le télétravail », RPDS, Legitech, avril 2020, n° 6, p. 6.

57. Convention entre le gouvernement de la République française et le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions, signée à Paris le 20 mars 2018, Point 3 du Protocole : « Il est entendu que pour l'application de la dernière phrase du paragraphe 1 de l'article 14 et sous réserve de toute disposition contraire figurant dans une convention préventive de la double imposition conclue par un des deux États contractants, un résident d'un État contractant qui exerce un emploi dans l'autre État contractant et qui, au cours d'une période imposable, est physiquement présent dans le premier État et/ou dans un État tiers pour y exercer un emploi durant une ou des périodes n'excédant pas au total 29 jours, est considéré comme exerçant effectivement son emploi dans l'autre État durant toute la période imposable. ».

Branche	Seuil	Impact
Sécurité sociale	25 % du temps de travail (ou de la rémunération)	Soumission à la sécurité sociale du pays de résidence pour l'ensemble de la relation de travail.
Droit du travail	50 % (?)	Application du droit du travail du pays de résidence pour l'ensemble de la relation de travail.
Convention de 2020	10 % en moyenne du temps de travail	Le télétravail n'est plus « occasionnel », mais « régulier », de sorte que quelques règles supplémentaires s'appliquent (voir ci-après).

- **En matière de sécurité sociale** dès qu'au moins 25 % du temps de travail est effectué dans le pays de résidence, le télétravailleur sera intégralement soumis au régime de sécurité sociale de ce pays⁵⁸.
- **En matière fiscale**, le Luxembourg a conclu des accords avec ses pays voisins permettant de maintenir l'imposition au Luxembourg tant qu'un certain nombre de jours de télétravail par année n'est pas excédé.
- **En matière de droit du travail**, le principe veut que le droit du travail applicable à un salarié est celui du lieu où il accomplit habituellement son travail⁵⁹.

Pour l'application de l'ensemble de ces règles, le lieu de travail du télétravailleur est celui où il se trouve physiquement. On peut s'interroger si cette approche est encore adaptée dans un monde virtuel⁶⁰.

Les parties ne peuvent pas convenir au moyen d'une clause l'applicabilité du droit du travail d'un autre pays. De telles clauses ne sont valables que si elles ne privent pas le salarié de la protection accordée par la législation du pays dans lequel il travaille. Seules les clauses, rares en pratique, qui se limiteraient à rendre applicables les dispositions plus favorables d'un pays étranger, sont admissibles.

Le principe d'application territoriale du droit du travail connaît quelques exceptions :

- a) Si le lieu de travail habituel ne peut être déterminé, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur. Or, ce critère subsidiaire ne s'applique que si le juge n'est pas en mesure de déterminer le pays d'accomplissement habituel du travail. Pour la majorité des télétravailleurs, ce lieu de travail habituel sera pourtant déterminable.
- b) Une exception limitée à ce principe d'application du droit local est prévue en matière de détachement de salariés. Or, un salarié qui preste à titre régulier du télétravail ne saurait être considéré comme travailleur détaché⁶¹.
- c) Enfin, il est prévu que « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des **liens plus étroits** avec un autre pays » que le lieu du travail habituel, la loi de cet autre pays s'applique. Le juge peut dès lors appliquer un correctif s'il identifie un « lien plus étroit ». Mais un télétravailleur a-t-il un lien plus étroit avec le Luxembourg plutôt qu'avec son pays de résidence ? En tout cas dans l'hypothèse où le télétravail dépasse 50 % du temps de travail, il est permis d'en douter⁶², puisqu'il s'agit du lieu dans lequel le salarié travaille, où il mène sa vie privée et familiale, ainsi que du pays dans lequel il cotise à la sécurité sociale et paye les impôts sur son salaire. Il ne serait donc que logique que son contrat de travail soit également soumis à cette législation.

Puisqu'aucune de ces exceptions ne jouera pour la plupart des télétravailleurs frontaliers, le critère pour déterminer le droit du travail applicable entre parties reste dès lors celui du lieu de travail habituel.

- Si le télétravailleur travaille exclusivement à son domicile, il est évident que son lieu de travail habituel est sa résidence, de sorte que le droit du travail de son pays sera applicable.
- Si le télétravailleur travaille en partie au Grand-Duché et en partie à son domicile, le lieu de travail habituel est « celui où ou à partir duquel, compte tenu

58. Dans le cas où un travailleur exerce une activité professionnelle dans deux États membres ou plus, les dispositions de l'article 13 du règlement 883/2004 s'appliquent. Celles-ci désignent le pays de résidence si la personne y réalise une part significative de son activité. Conformément à l'art. 14 du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004, « substantiellement » signifie qu'au moins 25 pour cent du temps de travail de l'employé est effectué sur le territoire de l'État membre dans lequel il est établi ; « Dans le cadre d'une évaluation globale, la réunion de moins de 25 % des critères précités indiquera qu'une partie substantielle des activités n'est pas exercée dans l'État membre concerné ».

59. Art. 8 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

60. Pour l'aspect de sécurité sociale, voir notamment la critique de JORENS Yves dans : « Les nouvelles technologies et les situations d'emploi "très atypiques" : quelques problèmes pour l'application du droit social », p. 27 in : Bulletin luxembourgeois des questions sociales, Volume 32, 2018.

61. La problématique avait également été discutée dans l'avis du CES, *op. cit.*, p. 39.

62. Même en cas de travail habituel pendant une longue durée dans un certain pays, le juge peut encore conclure que le contrat présente un lien suffisant avec un autre pays, mais il aura besoin d'indices concrets ; voir en ce sens CJUE, 12 septembre 2013, *Schlecker*, ECLI : EU : C : 2013 : 551. Pour une salariée ayant travaillé 11 ans aux Pays-Bas, le lieu de résidence en Allemagne était dans cette affaire un des critères pris en considération pour conclure à l'applicabilité du droit allemand.

de l'ensemble des éléments qui caractérisent ladite activité, le travailleur s'acquiesce de *l'essentiel* de ses obligations à l'égard de son employeur⁶³. Le terme « essentiel » n'est pas nécessairement un critère purement quantitatif, invitant à compter les heures prestées au Luxembourg et celles à l'étranger. Néanmoins, il ne sera en général pas aisé de pondérer différemment le travail effectué que sur une base horaire. On peut dès lors considérer à notre avis qu'au plus tard à partir du moment où un télétravailleur frontalier exerce plus de 50 % de sa durée de travail à son domicile, son contrat de travail sera régi par le droit de son pays. Si le seuil est inférieur à 50 %, le juge peut toujours caractériser un « lien plus étroit » avec le pays de résidence.

Trois considérations viennent encore compliquer l'analyse de la situation :

- Si le contrat du télétravailleur prévoit qu'il est régi par le droit luxembourgeois, il bénéficiera d'une combinaison entre les dispositions qui lui sont le plus favorables dans son pays de résidence et celles du Code du travail luxembourgeois. Un télétravailleur soumis au droit belge n'a ainsi qu'en principe droit aux 20 jours de congés garantis par cette législation, mais si son contrat prévoit l'application du droit luxembourgeois, il devra bénéficier des 26 jours de congé garantis par l'article L. 233-4 du Code du travail luxembourgeois.
- Si l'entreprise est liée par la Convention de 2020 (voir ci-après), le principe d'égalité de traitement l'obligera éventuellement à appliquer les règles plus favorables du droit luxembourgeois, dont bénéficient les salariés classiques.
- Pour toutes les heures que le télétravailleur preste au Luxembourg, un certain nombre de règles d'ordre public luxembourgeoises sont applicables même si le contrat est régi par le droit étranger. Il s'agit des matières énoncées à l'article L. 010-1 du Code du travail, telles que les congés payés, les jours fériés, le salaire minimum et les règles de sécurité au travail. Inversement, nos pays voisins imposent également leurs propres règles d'ordre public.

En résumé, la situation semble donc se présenter comme suit :

Rattachement avec le Luxembourg	Heures prestées au Luxembourg	Heures prestées à l'étranger
< 50 % ou lien plus étroit	droit luxembourgeois	droit luxembourgeois + règles d'ordre public du droit étranger
> 50 % ou lien plus étroit	droit étranger + règles d'ordre public du droit luxembourgeois	droit étranger
> 50 % ou lien plus étroit + clause rendant le droit luxembourgeois applicable	droit étranger + règles d'ordre public du droit luxembourgeois + règles luxembourgeoises plus favorables	droit étranger + règles luxembourgeoises plus favorables

Ainsi par exemple, un salarié embauché par une entreprise luxembourgeoise, mais télétravaillant à son domicile en France ne devrait en principe pas être autorisé à travailler un 14 juillet et devrait bénéficier du régime des 35 heures.

Ces considérations générales sur-le-champ d'application du droit du travail luxembourgeois se repercutent nécessairement sur-le-champ d'application de la Convention de 2020 : la Convention est-elle applicable aux télétravailleurs frontaliers ? Les partenaires sociaux luxembourgeois n'ont aucun pouvoir pour régler les conditions de travail à l'étranger. Dès lors, si le seuil de 50 % est dépassé, la Convention ne s'applique probablement plus.

On peut éventuellement considérer que les entreprises luxembourgeoises se sont engagées à respecter en tout état de cause la Convention de 2020. Dans cette optique, la Convention s'appliquerait aux télétravailleurs frontaliers travaillant majoritairement à leur domicile, mais sous réserve de règles plus favorables sur le télétravail dans leur pays de résidence.

4. NOTION DE TÉLÉTRAVAIL

La Convention fournit une définition du télétravail (titre 4.1) et le subdivise en télétravail régulier et occasionnel (titre 4.2).

63. CJUE, 15 mars 2011, C-29/10, *Koelzsch c/ Luxembourg*, ECLI:EU:C:2011:151, LexNow Référence/ID 15645.

4.1. Définition

Sur le plan international, le « travail à domicile » est défini comme visant un travail qu'une personne effectue⁶⁴ :

- À son domicile ou dans d'autres locaux de son choix, autres que les locaux de travail de l'employeur ;
- Moyennant rémunération ;
- En vue de la réalisation d'un produit ou d'un service répondant aux spécifications de l'employeur, quelle que soit la provenance de l'équipement, des matériaux ou d'autres éléments utilisés à cette fin.

L'accord-cadre européen définit le télétravail comme étant « une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail, utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière ». Les anciennes conventions nationales ont repris cette définition.

La clause 1 de la Convention de 2020 définit le télétravail comme étant « une forme d'organisation ou de réalisation du travail, utilisant généralement les technologies de l'information et de la communication, de sorte que le travail, qui aurait normalement été réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux ».

Cette définition s'écarte à plusieurs égards tant de la définition des anciennes conventions que de celle de l'accord-cadre européen :

- a) Les technologies de l'information et de la communication ne doivent être utilisées que « généralement » ;
- b) La référence au domicile du salarié a été supprimée ;
- c) L'activité aurait « normalement été réalisée dans les locaux de l'employeur ».

4.1.1. Utilisation des technologies de l'information et de la communication

Dans sa définition européenne, n'est pas du télétravail celui qui ne recourt pas *normalement* aux technologies informatiques et de communication, tout en effectuant un travail qui est normalement effectué dans les locaux de l'employeur. Ces cas devraient être rares et font penser à l'ancien système préindustriel du « *domestic system* »,

dans lequel la population agricole effectuait à domicile, sur base de matériaux fournis par l'entrepreneur, des travaux artisanaux. Si cette forme d'organisation est dé-suète, une personne qui réaliserait des travaux de couture à son domicile sous statut de salarié ne serait cependant pas à considérer comme étant un télétravailleur.

Dans la Convention de 2020 par contre, le terme « généralement » a été ajouté. Il résulte de l'avis du CES dans lequel les partenaires sociaux ont voulu préciser que le critère de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication fait partie de la pratique usuelle du télétravail, mais ne doit pas en devenir une condition absolue⁶⁵. La Convention ne semble donc pas régler que le télétravail à proprement parler, mais toute forme de travail à domicile ou à distance. Il semblerait en particulier que parmi les personnes ayant travaillé à domicile durant le confinement, environ 10 % l'ont fait sans utiliser les technologies de télécommunication⁶⁶, tandis qu'en temps normal, ce taux se situe plutôt autour de 4 % à 7 %⁶⁷. Si les anciennes conventions ne les couvraient pas, la nouvelle Convention semble les inclure dans son champ d'application.

4.1.2. Suppression de la référence au domicile

L'actuelle définition ne fait plus du tout référence au domicile du salarié. Même si en pratique, ce sera le plus souvent au domicile que le travail sera effectué, ce n'est plus un indice pour apprécier si le salarié est télétravailleur ou non. Le travail peut être presté à partir de tout autre endroit. Employeur et salarié doivent cependant spécifier ce lieu dans leur accord.

Le critère central n'est ainsi pas le lieu où le travail est effectué, mais le lieu où il *n'est pas* effectué, à savoir dans les locaux de l'employeur.

4.1.3. Travail réalisé normalement dans les locaux de l'employeur

Tandis que sur le plan européen et dans les anciennes conventions, il était fait référence au travail « qui aurait également **pu** être réalisé dans les locaux de l'employeur », il est désormais question de travail « qui aurait **normalement été** réalisé » dans les locaux de l'employeur.

Il n'y a dès lors plus lieu de vérifier si le travail aurait pu se faire dans les locaux de l'entreprise, mais de vérifier quelle aurait été la situation « normale ». Or, il n'est pas clairement indiqué s'il faut se référer aux usages généraux dans

64. Art. 1 de la Recommandation de l'OIT n° 184 sur le travail à domicile de 1996 ; la même définition figure dans la Convention OIT n° 177, non ratifiée par le Luxembourg.

65. Avis du CES, *op. cit.*, p. 28.

66. Rapport travail et cohésion sociale 2020, STATEC, p. 60 : « Davantage de personnes ont travaillé de la maison pendant le confinement, et 9 personnes sur 10 l'ont fait en utilisant les TIC comme outil de communication ».

67. *Ibidem*, p. 62.

le secteur ou à l'entreprise en particulier ? Une entreprise qui dès le début a fait travailler ses salariés depuis chez eux, ne tomberait-elle pas sous le régime du télétravail ? Le régime du télétravail cesserait-il dans l'entreprise dès que plus de la moitié des prestations qui avaient été faites dans les locaux sont désormais faites en télétravail ? À notre sens, de telles conclusions ne donnent pas de sens puisqu'elles reviennent à exclure le régime de la Convention dès que le télétravail se généralise dans l'entreprise. Il convient dès lors plutôt de vérifier s'il s'agit d'un type de prestation qui, traditionnellement ou ordinairement, est effectuée dans les locaux de l'employeur.

Cette référence aux locaux de l'employeur vise plutôt à écarter de la définition du télétravail toutes les activités qui d'ordinaire ne sont pas exécutées au sein de l'entreprise. C'est en ce sens que la clause 2 précise la notion de télétravail en excluant certains types d'activité :

- Le secteur du transport au sens large (hors administration) et les représentants de commerce. Il s'agit à notre sens d'une simple précision superflue en soi, puisque ce type de travail n'est pas normalement réalisé dans les locaux de l'employeur, tel que l'exige la définition – pour l'instant du moins, avions, taxis et camions ne sont pas encore téléguidés par des chauffeurs à domicile ;
- Le fait qu'un salarié luxembourgeois soit détaché à l'étranger ;
- Les *co-working spaces* (espaces de travail partagés) « dans le sens où le travail est presté dans un bureau satellite de l'entreprise ». Nous interprétons cette exception en ce sens qu'elle ne joue que si ces bureaux se trouvent du moins en partie sous le contrôle de l'entreprise, donc si elle les a loués ou payés. Si le télétravailleur recourt lui-même aux services d'un tel espace, il demeure un télétravailleur. Il reste que l'exception ne nous paraît qu'à moitié justifiée. En cas de *co-working space* loué par l'entreprise pour un ou quelques télétravailleurs, les problèmes de la distanciation physique et de l'isolement social restent d'actualité, tout comme la nécessité de veiller à une égalité de traitement. De nombreux aspects protecteurs de la Convention mériteraient dès lors d'être appliqués. Mais les partenaires sociaux en ont décidé autrement.
- Le *smart-working*, défini comme étant des interventions ponctuelles par smartphone ou ordinateur portable hors du lieu de travail ou du lieu de télétravail usuel.
- Les prestations fournies à l'extérieur de l'entreprise à la clientèle. Il semble évident qu'un salarié-peintre qui vient

retapisser la maison d'un client n'est pas un télétravailleur ; il en est de même d'un maçon sur un chantier. Il ne s'agit pas de travaux qui auraient normalement été réalisés dans les locaux de l'employeur. Le critère central semble être la présence dans les lieux où le travail doit être réalisé auprès du client. L'informaticien chargé de développer un logiciel est un télétravailleur s'il travaille depuis son domicile ou depuis son café préféré, mais il ne s'agit pas d'un télétravailleur s'il code dans les locaux du client.

Cette liste pourrait être étendue à tout autre travail qui n'est normalement ni presté dans les locaux de l'employeur, ni dans les locaux d'un client. Un distributeur de journaux par exemple n'est pas un télétravailleur.

N'est pas non plus télétravailleur celui qui travaille à son domicile si ce domicile se confond avec celui de l'employeur, tels les domestiques résidant dans la demeure de leur maître ou les membres de famille qui travaillent pour compte de l'entreprise familiale ayant son siège au domicile familial.

Un problème qui peut découler de la nouvelle définition consiste dans le fait que la Convention ne semble d'office ne pas s'appliquer aux nouvelles formes d'organisation de travail à distance, tel que le travail sur plateformes. Nous avons vu que pour ces dernières, la question se pose s'il s'agit de salariés ou non. Mais même dans les cas où il s'agit de salariés subordonnés, la Convention ne devrait pas s'appliquer puisque l'innovation de ces formes de travail réside précisément dans le fait qu'il n'est pas « normalement réalisé » dans les locaux de l'entreprise. Il s'agit d'un travail à domicile « originaire », qui n'est pas concevable autrement.

4.2. Distinction entre télétravail régulier et occasionnel

L'accord-cadre européenne ne s'applique qu'au télétravail effectué de façon régulière, notion qu'il ne définit cependant pas. Les anciennes conventions ne visaient que le télétravail « régulier et habituel », notion qui avait prêté à discussion et à interprétation. La nouvelle Convention fixe des critères de distinction clairs (titre 4.2.1) et en définit la portée juridique (titre 4.2.2).

Il découle de cette innovation que dans la plupart des cas, même le télétravail « informel » doit être formalisé et sera soumis à un cadre légal. Ce type de travail se pratiquait jusqu'ici dans de nombreuses entreprises sans cadre juridique précis, surtout dans les petites entreprises de moins de quinze salariés, probablement en raison des relations plus informelles entre employeur et salariés⁶⁸.

68. L. HAURET, *op. cit.*, p. 7 ; le dernier rapport du STATEC arrive cependant à la conclusion que le télétravail est plus fréquent dans les grandes entreprises de plus de 10 salariés ; Rapport travail et cohésion sociale 2020, STATEC, p. 65.

4.2.1. Critères de distinction

Une des innovations de la nouvelle Convention est de distinguer entre télétravail régulier et télétravail occasionnel. On peut même considérer qu'elle introduit encore la catégorie du télétravail « très occasionnel », en excluant de la définition même des « interventions ponctuelles par smartphone ou ordinateur portable hors du lieu de travail ou lieu de télétravail usuel ». Ce type de télétravail n'est dès lors pas régi par la Convention. Il soulève cependant certaines questions en matière de durée de travail, de repos obligatoire et de droit à la déconnexion que la législation et la jurisprudence devront encore clarifier à l'avenir.

Le télétravail régulier est défini négativement, comme étant tout télétravail qui n'est pas occasionnel.

Le télétravail est à considérer comme occasionnel dans deux cas :

- a) Lorsqu'il représente moins de 10 % en moyenne du temps de travail normal annuel du télétravailleur, sur base de l'année de calendrier.
- b) Lorsqu'il est effectué pour faire face à des événements imprévus. En retenant cette exception, les signataires ont certainement pensé à la pandémie liée au virus de la Covid-19, qui a conduit à un recours massif au télétravail. La Convention ayant été signée en octobre 2020, on ne saurait cependant que difficilement considérer que des contraintes sanitaires constituent encore un événement imprévu. On peut cependant s'imaginer d'autres situations, par exemple un sinistre affectant les locaux de l'entreprise, la maladie d'enfants, des grèves ou interruptions dans les transports publics, des intempéries, etc.

Les deux critères semblent être complémentaires en ce sens que les heures de télétravail effectuées pour faire face à un événement imprévu ne sont pas comptabilisées dans les 10 %.

Cette définition nous paraît conforme à l'accord-cadre européen puisqu'elle est assez restrictive. Même une moyenne d'un jour de télétravail par semaine (20 %, voire un peu moins en tenant compte des congés) suffit pour que le salarié soit à considérer comme télétravailleur régulier. En tablant sur une moyenne de 220 jours de travail effectivement prestés par an (52 semaines à 5 jours, moins 26 jours de congé et 11 jours fériés), le seuil du télétravail régulier serait dès lors atteint aux alentours d'une vingtaine de jours par an.

4.2.2. Incidence

Les deux types de télétravail partagent « un même régime juridique, plus contraignant sur certains points essentiels, mais plus souple pour le télétravail occasionnel sur des volets d'ordre pratique ou technique⁶⁹ ».

Une différence est faite sur les points suivants :

- 1) **Formalisation de l'accord** entre employeur et salarié. Tel qu'il sera détaillé ci-après, un écrit signé par les deux parties n'est pas exigé pour le télétravail occasionnel.
- 2) **Formalisation du retour vers la formule classique**. Pour le seul télétravail régulier, les modalités de passage ou du retour à la formule de travail classique sont à convenir d'un commun accord par écrit entre l'employeur et le salarié au moment où le salarié commence à télétravailler (clause 13).
- 3) **Perte d'un avantage en nature**. Ce n'est que pour le télétravail régulier que la clause 6 de la Convention prévoit qu'en cas de perte d'un avantage en nature auquel le télétravailleur aurait normalement eu droit, les parties doivent définir une compensation.
- 4) **Équipements de travail**. L'obligation patronale de fournir l'équipement de travail se limite au télétravail régulier (clause 8).

L'ensemble des autres règles de la Convention sont applicables tant au télétravail régulier qu'au télétravail occasionnel.

5. MISE EN PLACE DU TÉLÉTRAVAIL

La convention-cadre européenne insiste sur le **caractère volontaire** du télétravail, principe que la Convention reprend dans plusieurs clauses. En particulier, la clause 3 précise que : « Le salarié et l'employeur choisissent librement la formule de télétravail [...] dès l'entrée en fonction du salarié ou ultérieurement ». Il est dès lors impossible en principe d'imposer le télétravail à l'autre partie (titre 5.1). Si à l'embauche, les parties peuvent convenir d'un télétravail, un changement en cours de contrat est également possible (titre 5.2).

5.1. Caractère volontaire : impossibilité d'imposer le télétravail ?

- **À l'embauche**. Lors du processus de recrutement, l'employeur peut « imposer » le télétravail en ce sens qu'il

69. Avis du CES, *op. cit.*, septembre 2020, p. 27.

offre un poste qui s'exerce en tout ou en partie à distance. Le caractère volontaire du télétravail pour le salarié est garanti du fait que ce dernier est libre d'accepter ou de ne pas l'accepter. Le candidat n'a aucune possibilité pour contraindre l'entreprise à offrir un poste classique. Autrement dit, le caractère volontaire n'interdit pas aux entreprises de créer de nouveaux postes définis dès le départ comme postes en télétravail.

Contrairement à certaines formes de travail (p.ex. : le travail intérimaire, L. 131-20 ; le travail nécessitant un permis de conduire⁷⁰), il n'est pas exigé que dans l'offre d'emploi que l'employeur publie, il soit indiqué qu'il s'agit d'un poste de télétravail. C'est en signant le contrat qui contient une clause afférente au télétravail que le salarié marque son accord avec cette forme de travail. En cela, le télétravail ne se distingue pas d'autres formes de contrat atypiques, notamment le travail à temps partiel ou les contrats à durée déterminée, pour lesquels il n'existe pas non plus d'obligation pour l'employeur de préciser à l'avance le type de poste offert. Il nous semble cependant logique que dans le cadre d'une procédure de recrutement efficace et pour éviter des candidatures inutiles, l'employeur puisse avoir intérêt à préciser ces modalités dès le stade de l'offre d'emploi. La possibilité du télétravail peut en particulier être un moyen pour attirer et recruter de nouveaux talents⁷¹.

• **De manière unilatérale, en cours d'exécution du contrat.**

Tel qu'il sera détaillé au titre suivant, le changement vers une formule de télétravail ou classique ne peut se faire que d'un commun accord. Sauf convention contraire, aucune partie n'est en droit d'exiger un tel changement.

Le salarié ne saurait décider unilatéralement de télétravailler. Nous relevons une affaire jugée en 2018⁷² dans laquelle une informaticienne avait été licenciée pour absence injustifiée. Elle a fait valoir qu'elle aurait fait du télétravail, ce qui serait une pratique courante dans le domaine informatique. Les juges ont retenu qu'il « n'est pas contesté que dans le domaine informatique la prestation de services par télétravail soit une pratique courante fréquemment mise en pratique ». Mais en l'espèce, cette pratique était interdite par le contrat conclu entre parties et dans deux courriers électroniques, il avait été rappelé que le télétravail était interdit, en particulier pour la mission dont elle était chargée. En outre, l'informaticienne n'avait prouvé qu'un accès à son *webmail* (courrier électronique en ligne), ce qui ne constituait pas aux yeux

du tribunal pas une preuve suffisante de ce qu'elle avait réellement effectué des prestations. Son absence pendant dix jours ouvrables a dès lors été considérée comme suffisamment grave pour justifier un licenciement avec effet immédiat. Dans une affaire jugée en 2019⁷³, un salarié avait refusé une mission tout en acceptant de « dépanner » l'employeur, mais uniquement « en télétravail ». Parmi d'autres faits, cet incident a été qualifié de refus de travail justifiant un licenciement avec effet immédiat.

Pour garantir le respect du caractère volontaire du télétravail, aucune règle spécifique ne vise le salarié, qui de toute manière n'a aucun moyen pour imposer le télétravail à son employeur. Son seul moyen de pression est la démission. L'employeur par contre, titulaire du pouvoir de direction et de sanction, se retrouve dans une position de force par rapport au salarié. Il risque d'abuser de ces pouvoirs pour imposer au salarié un changement du type de travail. Puisque le contrat fait la loi entre parties (art. 1134 du Code civil), il ne saurait en principe imposer un changement des clauses du contrat. Sauf hypothèse d'une clause de flexibilité, dont question ci-après, l'employeur ne peut dès lors librement décider de changer un poste classique en poste de télétravail ou inversement.

Le salarié qui refuserait de télétravailler sur instruction unilatérale de l'employeur n'est pas fautif et ne peut être sanctionné. En particulier, le refus du salarié de passer en télétravail n'est pas un motif de licenciement (voir ci-après).

De même, le télétravailleur qui refuse de retourner travailler en entreprise ne commet pas de faute disciplinaire.

• **En recourant à la procédure de modification unilatérale ?**

L'article L. 121-7 offre à l'employeur la faculté de modifier unilatéralement le contrat de travail, à condition de respecter certaines formalités, un préavis, ainsi que de fournir sur demande une motivation.

Même pour le travail à temps partiel, qui – tout comme le télétravail – est censé être « volontaire » et non pas être imposé au salarié, la jurisprudence admet que l'employeur peut recourir à cette procédure de modification pour l'imposer au salarié contre la volonté de celui-ci. Ainsi, par exemple pour des raisons économiques, l'employeur peut réduire la durée de travail d'un salarié. Pour le télétravail par contre, le caractère « volontaire » est plus rigoureusement imposé :

70. Art. 8-5 de la loi du 29 mars 2013 relative à l'organisation du casier judiciaire.

71. Voir en ce sens L. HAURET, *op. cit.*, p. 20, qui note que les salariés qui travaillent dans les entreprises qui mènent des politiques managériales attractives sont plus susceptibles de rapporter que leur entreprise leur permet de télétravailler. Elle en déduit que le télétravail s'inscrit dans une politique managériale plus large, visant à rendre l'entreprise attractive aux yeux des salariés pour les attirer et les retenir.

72. TA Lux., civ. 30 mai 2018, n° 178499, LexNow Référence/ID 20201117322. L'affaire concernait une personne travaillant en tant qu'indépendant sous contrat de prestation de service intitulé « *consultancy agreement* ». Les conclusions des juges nous paraissent toutefois transposables pour un salarié. Décision confirmée par CSJ, civ., 8 janvier 2020, n° CAL-2019-00196, LexNow Référence/ID 20201117323.

73. TT Lux., 7 novembre 2019, n° 3331/19, LexNow Référence/ID 20201117331.

– **Imposer une formule de télétravail.** La Convention prévoit explicitement dans la clause 3 que le refus d'une proposition de télétravail ne peut pas justifier le recours à l'article L. 121-7 du Code du travail pour imposer cette forme de travail. Ainsi, même en recourant à cette procédure, l'employeur ne peut imposer le télétravail.

– **Imposer une formule de travail classique.** La clause 3 ne mentionne pas explicitement le refus du salarié d'une proposition de travail classique en entreprise. La question reste dès lors ouverte si l'employeur, qui dispose de motifs valables d'organisation interne, peut l'imposer en recourant à la procédure de l'article L. 121-7.

• **Clauses de flexibilité ?** Une question non clairement abordée par la Convention est celle de savoir si une clause de flexibilité concernant le télétravail est admissible. Tout contrat de travail doit indiquer le lieu de travail, sinon du moins le principe que le salarié sera occupé à différents endroits (art. L. 121-4 [2] pt. 3 C.T.). La jurisprudence accepte très largement de telles clauses à propos du lieu de travail, du type : « Le lieu de travail se situe à Dudelange. L'employeur se réserve le droit de changer le lieu de travail en fonction des besoins de l'entreprise ». Ces clauses, fréquentes dans les contrats, ne permettent probablement pas de fixer le lieu du travail au domicile du télétravailleur.

Mais est-ce que ces clauses pourraient être complétées par une mention explicite du télétravail ? (P.ex. : « [...] y compris au domicile du salarié sous forme de télétravail ») ? Dans une approche formaliste, cette clause devrait être valable, puisqu'elle ne crée qu'une flexibilité supplémentaire, le salarié ayant dès le départ marqué son accord avec un éventuel télétravail. L'employeur pourrait unilatéralement changer de formule et le salarié ne saurait affirmer qu'il n'était pas volontaire. D'un autre côté, ce type de clause risque de se répandre comme clause de style dans de nombreux contrats, de sorte que les règles de la Convention visant à s'assurer que le télétravail relève d'un réel accord entre les deux parties, seraient vidées de leur substance.

Si la validité d'une clause de flexibilité générale reste ainsi incertaine, une certaine flexibilité peut à notre avis en tout état de cause être mise en place dans le cadre du régime spécifique de télétravail applicable à l'entreprise. Ainsi, le salarié peut se faire reconnaître un droit d'opter un certain nombre de jours pour le télétravail et l'employeur peut se réserver le droit de le refuser en fonction des besoins du service.

• **À titre de mesure pour la sécurité et la santé ?** Si le télétravail ne peut en principe être unilatéralement imposé aux salariés, la pandémie liée au virus de la Covid-19 avait toutefois soulevé la question de savoir si, à titre de mesure de protection de la sécurité et de la santé des salariés, l'employeur peut exiger cette forme de travail. À aucun moment de la crise, la législation n'a précisé que le recours au télétravail était strictement obligatoire, mais des considérations liées à la protection des salariés pouvaient imposer cette mesure.

L'Inspection du travail avait soutenu que l'employeur était en droit d'imposer le télétravail à ses salariés afin d'honorer son obligation légale d'assurer la sécurité et la santé des salariés. L'ITM se basait notamment sur l'article L. 313-1 selon lequel le salarié est obligé de prendre soin, selon ses possibilités, de la sécurité et de la santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions. Sur son site Internet officiel, le gouvernement défendait la même thèse⁷⁴.

Aucune jurisprudence n'est à ce jour venue confirmer cette analyse. Néanmoins, il semble plausible d'admettre que face à des besoins impérieux de protéger la santé des salariés, et si aucun autre moyen n'est disponible, l'employeur soit en droit d'imposer temporairement le recours au télétravail.

La question inverse est également délicate, à savoir si le salarié est en droit d'imposer le télétravail à son employeur parce qu'il est exposé sur le lieu de travail à des risques. Il peut s'agir de risques pour sa santé physique (virus, conditions sanitaires des lieux, conditions de sécurité) ou psychique (phénomènes de harcèlement). D'un côté, il n'y a pas de raison d'accorder à l'employeur le droit d'imposer unilatéralement le télétravail s'il pense que les conditions de sécurité l'exigent, et de refuser ce même droit au salarié – à charge dans les deux cas que le tribunal vérifie par la suite si la décision était justifiée. D'un autre côté, reconnaître un tel droit aux salariés risquerait de désorganiser l'entreprise. La loi prévoit uniquement qu'en cas de danger grave et immédiat, le salarié est en droit de se retirer (droit de retrait, L. 312-4 [4]). Nous pensons donc que le salarié ne peut décider unilatéralement de télétravailler au motif qu'il se sent menacé sur le lieu de travail. L'employeur est toutefois bien conseillé de rester ouvert à une telle demande d'un salarié. La pratique montre que, surtout face à des problèmes de harcèlement de *mobbing*, les salariés tendant à se mettre en maladie. Le télétravail serait donc le moindre mal, dans l'attente de trouver une solution.

74. Sur la question, voir aussi L. CHAPPELLE, *op. cit.*, p. 5 et suivantes.

• **En cas de reclassement interne ?** La Convention ne précise pas clairement si le télétravail peut être imposé dans le cadre d'un reclassement interne, l'employeur étant obligé de trouver un emploi adapté. Il peut arriver en particulier que le médecin du travail suggère qu'une activité de type télétravail est adaptée aux capacités résiduelles⁷⁵. L'article L. 551-10 (2) prévoit que la procédure de l'article L. 121-7 est inapplicable en cas de reclassement interne. L'employeur peut dès lors imposer les changements que le reclassement requiert. Mais au regard de l'esprit d'ensemble de l'accord-cadre européen, qui se reflète dans les Conventions nationales, le télétravail ne devrait jamais pouvoir être imposé au salarié, de sorte qu'il reste un doute si l'employeur peut l'imposer dans le cadre d'un reclassement interne.

5.2. Changement en cours de contrat

Un changement du régime de travail en cours de contrat peut intervenir d'un commun accord (titre 5.2.1), les demandes unilatérales n'étant en principe pas contraignantes pour l'autre partie (titre 5.2.2).

5.2.1. Commun accord

D'un commun accord entre parties, il est à tout moment possible de passer vers une formule de télétravail ou inversement, tout comme il est possible de modifier les modalités du télétravail. Conformément aux exigences de la Convention, un tel accord est à formaliser par écrit.

La seule condition est que l'accord des parties soit libre, éclairé et non vicié. Si l'employeur devait extorquer la signature du salarié par violence (y compris la pression morale injustifiée), ruse ou dol, l'accord du salarié serait annulable ; mais encore le salarié devrait-il prouver qu'il a été victime d'un vice du consentement.

La consultation (moins de 150 salariés) ou l'accord (plus de 150 salariés) de la délégation n'est à notre sens pas nécessaire. La délégation intervient lorsqu'il s'agit de fixer les modalités générales applicables au sein du télétravail au sein de l'entreprise, mais non pour chacune des décisions d'application.

5.2.2. Demandes unilatérales

Le télétravail est volontaire non seulement pour le salarié, mais aussi pour l'employeur. La Convention prévoit sim-

plement que le télétravailleur ou l'employeur peuvent à tout moment demander un passage ou retour à un travail suivant la formule de travail classique (clause 13). Cette clause n'a aucune portée normative, puisqu'elle ne contient aucune contrainte. Chaque partie est libre à tout moment de demander ce que bon lui semble. Employeur et salarié sont évidemment aussi en droit de demander à tout moment un passage vers une formule de télétravail.

La question juridiquement intéressante est celle de savoir s'il existe une contrainte pour l'autre partie lorsqu'une telle demande est formulée. Les parties sont tout d'abord libres de convenir dans leur accord initial ou dans un avenant de tels droits. La Convention précise que pour le télétravail régulier : « Les **modalités du passage** ou retour à la formule de travail classique sont à convenir d'un commun accord par écrit entre l'employeur et le salarié au moment où le salarié commence à télétravailler ». Si cet article invite les parties à réfléchir au préalable sur de futurs changements, il est cependant peu contraignant. Tout d'abord, aucune sanction n'est prévue si une telle clause manque au contrat ; l'absence de clause ne permet en particulier pas de conclure à notre avis que le retour au travail classique serait de droit pour l'employeur ou le salarié. Ensuite, les parties peuvent également prévoir à titre de « modalité » qu'un changement de régime n'est possible que d'un commun accord ; elles ne sont nullement obligées de prévoir des clauses favorables pour l'une ou l'autre des parties.

En particulier, la nouvelle Convention de 2020 n'impose plus de « **période d'adaptation** » aux parties ; l'ancienne clause 5 ouvrait pendant une durée entre trois et douze mois à chaque partie la possibilité d'un retour unilatéral vers une formule de travail classique, donc une sorte de « période d'essai » pour la nouvelle organisation du travail. Néanmoins, dans de nombreux cas, employeur et salarié seraient bien conseillés de prévoir une telle période et pourraient s'inspirer de la formulation de l'ancienne convention.

Les parties ont également la possibilité de prévoir le télétravail pendant une durée limitée dans le temps⁷⁶.

En l'absence de clause explicite quant aux modalités de passage vers le télétravail ou de retour vers la formule classique, le principe veut que l'employeur ne soit pas obligé d'accéder à une demande du salarié, tout comme le salarié n'est pas obligé d'accéder à une demande de l'em-

75. Voir p.ex. C.S.S.S., 6 juin 2019, n° 2019/0137, LexNow Référence/ID 20201117324 ; TT Lux., 14 mai 2012, n° 1985/2012, LexNow Référence/ID 20201117327 (décisions faisant indirectement référence à des décisions du médecin du travail préconisant un télétravail).

76. Dans une affaire dans laquelle un salarié avait accepté d'être nommé à une mission spécifique pour une durée de 3 ans, mission lors de laquelle il béné-

ficiait de larges libertés horaires et d'une possibilité de télétravail, la Cour a considéré que le retour à l'ancien poste ne constituait pas une modification défavorable du contrat de travail puisque dès le départ, les parties avaient marqué leur accord sur le caractère temporaire de l'affectation ; CSJ, 28 mai 2020, n° CAL-2019-00865, LexNow Référence/ID 20200603790.

ployeur. Comme le précise l'accord-cadre européen : « Si l'employeur fait une offre de télétravail, le travailleur peut accepter ou refuser cette offre. Si un travailleur exprime le désir d'opter pour un télétravail, l'employeur peut accepter ou refuser cette demande ».

En d'autres termes, le télétravail ne peut en principe être mis en place ou abrogé que d'un commun accord entre parties, que la demande émane du salarié (titre 5.2.2.1) ou de l'employeur (titre 5.2.2.2).

5.2.2.1. Demande émanant du salarié

L'employeur ne peut se faire imposer le télétravail par le salarié, ni sous forme de véritable « droit au télétravail », ni sous une forme atténuée.

– **Droit au télétravail.** Pour certaines formes de travail atypiques, un droit du salarié de réclamer cette forme de travail est envisagé. Ainsi, le dernier accord de coalition s'est prononcé en faveur d'un droit au temps partiel dans certaines conditions, avec possibilité d'un retour au temps plein⁷⁷.

Récemment, une pétition avait recueilli un nombre suffisant de signatures pour être recevable et avait donné lieu à un débat public à la Chambre concernant un droit au télétravail⁷⁸. Les pouvoirs politiques se sont prononcés en défaveur d'un tel droit, tout comme les partenaires sociaux au sein du CES⁷⁹. Dans leur Convention, les partenaires n'ont dès lors pas intégré de tel droit, qui serait contraire au caractère volontaire du télétravail, tant pour l'employeur que pour le salarié. Un tel droit peut cependant être mis en place de façon conventionnelle, comme en témoigne l'exemple de la convention collective de la Poste citée plus haut.

– **Obligation de réponse motivée.** Dans une moindre mesure, il serait concevable de donner au salarié le droit de demander un poste en télétravail ou inversement, et d'obliger l'employeur de fournir une réponse motivée en cas de refus. Une telle obligation a notamment été introduite pour les salariés revenant du congé parental et souhaitant un aménagement temporaire de leur horaire ou rythme de travail⁸⁰ (L. 234-47 (11)). En matière de télétravail, une telle obligation n'existe pas, à l'heure actuelle, à charge de l'employeur. L'employeur est dès

lors en droit d'ignorer une demande de changement du salarié et n'est pas obligé de motiver un refus.

– **Obligation d'information sur les postes vacants.** Pour certaines formes de travail atypiques, telles le travail à temps partiel (L. 123-3) ou les contrats à durée déterminée (L. 122-10), il existe pour l'employeur une obligation d'informer les salariés qui ont manifesté leur intérêt pour un changement, de nouvelles vacances de postes. L'employeur n'est pas obligé de faire droit à leurs candidatures, ni même de motiver un refus, mais cette information donne pour le moins une chance au salarié de postuler s'il désire un changement. Bien qu'elle soit au final très peu contraignante pour l'employeur, les partenaires sociaux ont décidé de ne plus reconduire une telle obligation, qui figurait pourtant dans les conventions antérieures⁸¹.

5.2.2.2. Demande émanant de l'employeur

L'employeur est en droit de demander au salarié s'il souhaite changer de formule, mais ne saurait l'imposer. Le salarié est libre d'accepter ou de refuser une telle offre.

La Convention cherche à protéger le libre choix du salarié en instaurant une **protection contre le licenciement**. Il ne faut cependant pas surestimer la portée de cette protection.

– **Refus d'un passage vers le télétravail.** Selon la clause 3 : « Le refus par le salarié d'une proposition de télétravail faite par son employeur ne constitue pas en soi un motif de résiliation de son contrat de travail ». Un parallèle peut être fait avec les règles régissant le transfert d'entreprise, qui précisent également qu'un tel transfert « ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement » (L. 127-4 [1]). La jurisprudence confirme cependant que les conséquences du transfert d'entreprise, par exemple une redondance de poste ou des sureffectifs, peuvent très bien justifier un licenciement. L'accent est en effet à mettre sur les termes « en soi » / « en lui-même » : l'employeur ne peut se contenter de licencier un salarié au motif qu'il a refusé de passer vers un poste de télétravail. Il peut cependant probablement motiver un licenciement par les conséquences découlant d'un tel refus.

77. Accord de coalition 2018-2023, p. 155.

78. Pétition publique n° 1556 – Instauration d'un droit au télétravail. Concrètement, il était proposé d'introduire notamment un article libellé comme suit : « Le lieu de travail s'entend du lieu où le salarié exerce son activité selon les instructions de l'employeur. Il est fixé par le contrat de travail. Par dérogation à l'alinéa 1, et pour la moitié du temps de travail quotidien ou hebdomadaire déterminé par le contrat de travail, le lieu de travail pourra être considéré comme fixé au domicile du salarié, si ce dernier en manifeste le souhait, qu'il en informe l'employeur dans un délai raisonnable et que les tâches qui lui sont confiées et qu'il exerce effectivement sont d'une nature

telle qu'elles peuvent être exécutées à distance sans s'en trouver aucunement altérées. Si la nature des tâches confiées au salarié et qu'il exerce effectivement ne permettent pas de fixer le lieu de travail au domicile de celui-ci dans les conditions prévues à l'alinéa 2, la preuve en incombe à l'employeur ».

79. Avis du CES, *op. cit.*, p. 27.

80. À notre sens la formulation « aménagement temporaire de leur horaire ou rythme de travail » ne vise que la durée et non le lieu de travail ; l'employeur n'est dès lors pas obligé de donner une réponse motivée lorsque le salarié fait une demande de télétravail à son retour de congé parental.

81. Clauses 16 et 17 des conventions de 2006, 2011-2012 et 2016.

Nous peinons toutefois à imaginer une situation dans laquelle l'employeur peut argumenter qu'en raison d'une réorganisation, des travaux qui étaient effectués en entreprise devaient désormais être effectués en télétravail. En effet, si certaines tâches ne peuvent pas s'effectuer en télétravail, il n'existe cependant pas de tâches qui ne pourraient s'exécuter qu'en télétravail. L'argument économique, à savoir le fait que l'entreprise aurait besoin de faire des économies en termes de surfaces de bureau, ne paraît pas convaincant.

- **Refus du passage vers une formule classique.** Dans le sens inverse, la Convention ne prévoit pas explicitement qu'un refus du salarié de retourner vers une formule de travail classique ne constitue pas un motif valable de licenciement. Néanmoins, il peut à notre sens être déduit de l'esprit de la Convention que le refus de retourner vers une formule classique ne constitue en soi pas un motif valable pour licencier. Or, les conséquences d'un tel refus peuvent motiver le licenciement.

Ainsi, en raison de changements économiques ou d'organisation interne, les tâches initialement attribuées au salarié peuvent disparaître. Si l'employeur informe le salarié que celles-ci ont disparu, tout en offrant de nouvelles missions qui – objectivement – ne peuvent s'exercer en télétravail, le refus du salarié de venir travailler en entreprise peut indirectement justifier le licenciement. Le licenciement ne repose dans ce cas pas sur le refus du salarié de retourner en entreprise, mais sur la disparition de ses fonctions et l'impossibilité de lui attribuer de nouvelles tâches en raison de son refus de se déplacer à l'entreprise.

Au niveau de la sanction, l'employeur qui licencierait malgré tout en raison du refus d'une proposition de télétravail, le licenciement ne serait pas annulable, faute de texte explicite. Il s'agit tout simplement d'un motif non admissible, le juge devant déclarer le licenciement abusif et accorder au salarié des dommages-intérêts pour le préjudice matériel et moral qu'il a subi du fait de la perte injustifiée de son travail.

Si la Convention met explicitement en place une protection contre le licenciement, elle ne mentionne cependant pas d'autres formes de sanctions qui peuvent être mises en œuvre. En principe, toute sanction qui n'est pas justifiée par des motifs légitimes n'est pas valable. Par exemple, l'employeur ne pourrait émettre un avertissement ou décider d'une rétrogradation au motif que le

salarié a refusé de prêter en télétravail. Néanmoins, un régime plus explicite de protection contre toute forme de représailles aurait pu s'avérer utile.

5.3. Intervention des représentants du personnel

L'accord-cadre européen exige simplement que les représentants des travailleurs soient informés et consultés sur l'introduction du télétravail, conformément aux pratiques nationales⁸². Cette obligation avait été reprise dans les anciennes conventions, et a été renforcée par la Convention de 2020 qui en fait dans certains cas un pouvoir de codécision.

5.3.1. Intervention lors de la mise en place du télétravail

La Convention de 2020 parle parfois des « représentants du personnel » et parfois des « délégués du personnel ». Il s'agit d'une imprécision terminologique lors de la transposition, les deux notions se confondant au Luxembourg, puisqu'il n'y a pas d'autres représentants du personnel que la délégation du personnel⁸³.

Même si dans leur Convention, les partenaires sociaux invitent le législateur à modifier le Code du travail en ce qui concerne les compétences de la délégation du personnel, ces règles sont dès à présent applicables puisqu'elles sont reprises à la clause 4 de la Convention. Il est en effet permis d'étendre les compétences de la délégation par voie d'accords collectifs, une telle extension étant favorable aux salariés.

Les compétences de la délégation varient selon que l'entreprise occupait, au moment des dernières élections⁸⁴, plus ou moins de 150 salariés.

- **15-149 salariés :** dans les entreprises de 15 à 149 salariés, le télétravail relève de la compétence consultative de la délégation du personnel. Préalablement à l'introduction et à la modification d'un régime spécifique à l'entreprise de télétravail, ils doivent être informés et consultés. L'employeur restera libre de prendre la décision qu'il veut. Il s'agit dès lors d'un encadrement purement procédural du pouvoir patronal. Les définitions des notions d' « information » et de « consultation » figurent à l'article L. 414-1.
- **Plus de 150 salariés :** les partenaires sociaux ont convenu de compléter la liste des compétences de codécision de la délégation du personnel dans les entreprises de

82. Clause 11 de l'accord-cadre européen.

83. Le comité mixte a été aboli. Nous faisons abstraction des représentants élus au sein des conseils d'administration des grandes sociétés anonymes ;

ce régime ne concerne qu'une poignée d'entreprise et reste sans impact spécifique en matière de télétravail.

84. Plus précisément « pendant les douze mois précédant le premier jour du mois de l'affichage annonçant les élections ».

150 salariés ou plus. Tant l'introduction que la modification du régime spécifique de travail relèvent ainsi de ce régime.

La solution est innovante. Les délégués du personnel ont certaines compétences spécifiques pour les formes de travail atypiques, mais jusqu'ici, aucune compétence de codécision ne leur était reconnue dans ce domaine. À notre connaissance, il s'agit, abstraction faite de quelques clauses isolées dans des conventions collectives, du premier cas, à notre connaissance d'une extension du domaine de la codécision par accord des partenaires sociaux au niveau national. Le patronat a donc lors des pourparlers accepté de partager son pouvoir de décision avec les représentants élus du personnel, concession qui n'est pas anodine et témoigne d'un engagement patronal en faveur du dialogue social en entreprise.

Par compétence de codécision, il faut entendre le fait que certaines décisions ne peuvent être prises que d'un commun accord entre l'employeur et la délégation. L'employeur n'est plus seul maître à bord et ne peut agir seul. En pratique, l'initiative provient souvent du chef d'entreprise qui recherche ensuite l'aval de la délégation. Rien n'interdit cependant à la délégation d'initier la démarche.

Les articles L. 414-10 et suivants du Code du travail définissent une procédure excessivement complexe à respecter en matière de codécision, dont l'analyse remplirait à elle seule toutes les pages de cette contribution⁸⁵. En résumé, en cas d'échec, les négociations sont poursuivies avec une partie des délégués (le bureau). En cas de nouvel échec, une procédure de médiation est lancée.

Rappelons que pour le télétravail frontalier, et si l'employeur occupe un nombre suffisant de salariés dans ce pays (évt. au point à y entretenir un établissement), il se peut qu'il soit obligé d'informer et de consulter les représentants des salariés belges, français ou allemands.

5.3.2. Intervention ultérieure

Les règles décrites ci-dessus s'appliquent également pour toute modification du régime spécifique du télétravail au sein de l'entreprise.

Il n'y a cependant ni droit à la consultation, ni pouvoir de co-décision concernant la mise en pratique du régime de télétravail au sein de l'entreprise. Ainsi, la décision de l'employeur de créer un poste en télétravail, de recruter un télétravailleur, de repasser avec un salarié en régime ordinaire, de modifier les modalités individuelles d'un télé-

travailleur, etc., ne nécessite aucune implication de la délégation tant que le cadre fixé est respecté.

La délégation du personnel doit toutefois être informée régulièrement sur le nombre de télétravailleurs et son évolution au sein de l'entreprise, selon des modalités à arrêter au sein de l'entreprise (clause 4). Le texte ne précise pas ce qu'il faut entendre par « régulièrement ». Par analogie à l'article L. 414-3 concernant les statistiques ventilées par sexe que la délégation doit recevoir, une information semestrielle devrait être suffisante.

Les délégués n'ont cependant pas d'accès aux données détaillées, par exemple sur la durée de travail ou sur le niveau de rémunération ; il leur est dès lors difficile de vérifier les règles d'égalité de traitement qui constituent pourtant un aspect central de la convention.

De manière très large, les délégués ont le droit de donner un avis à tout moment. En outre, l'employeur doit respecter leurs nombreuses autres attributions, par exemple en matière de sécurité au travail ou de durée de travail, sujets qui intéresseront également les télétravailleurs.

Les délégués sont également en droit de communiquer avec les télétravailleurs ; les télétravailleurs doivent avoir la possibilité de bénéficier des heures de consultation et de participer à la réunion annuelle entre la délégation et l'ensemble du personnel.

5.4. Formalisation contractuelle et clauses obligatoires

Les formalités à respecter lors de la mise en place du télétravail varient selon qu'il s'agit d'un télétravail occasionnel (titre 5.4.1) ou régulier (titre 5.4.2). L'employeur est bien conseillé de respecter ce formalisme pour éviter toute responsabilité. En particulier, comme nous le verrons, l'AAA refuse d'indemniser des accidents de travail survenus à domicile si le télétravail n'a pas été fixé en bonne et due forme.

La loi ne prévoit pas d'obligation spécifique pour l'employeur de déclarer les postes de télétravail à une autorité ou de tenir un registre afférent⁸⁶.

5.4.1. Télétravail occasionnel

La clause 5 prévoit que si le télétravail est occasionnel, il suffit que l'employeur fournisse au salarié autorisé à faire du télétravail une confirmation écrite.

85. Voir à ce sujet : J.-L. PUTZ, *Le nouveau statut de la délégation du personnel*, éd. Promoculture-Larcier, 2016, n° 164 et suivants.

86. Une telle obligation est toutefois recommandée aux articles 6 et 7 de la Recommandation OIT n° 184 sur le travail à domicile de 1996.

Cette formalité est essentiellement prévue dans un but de protection du salarié, afin que celui-ci puisse prouver qu'il était en droit de télétravailler et ne puisse pas se faire reprocher une absence injustifiée. Néanmoins, pour pouvoir prouver qu'il s'est conformé à la Convention, l'employeur est bien conseillé de se ménager une preuve de la remise de cette confirmation/information écrite, par exemple en faisant contresigner un double.

À part l'exigence d'un écrit, la Convention ne précise pas la forme que cette confirmation doit prendre. Puisque le document est censé être « fourni » au salarié, on peut se demander si une simple mention générale dans le règlement interne ou dans une circulaire est suffisante.

La Convention ne précise pas non plus le contenu de la confirmation. Elle peut à notre sens notamment contenir les éléments suivants :

- Le fait que l'employeur marque son accord avec le fait que le salarié preste un télétravail occasionnel ;
- Les modalités selon lesquelles le salarié peut le faire (fréquence, durée maximale ou minimale) ;
- Les modalités selon lesquelles le salarié doit annoncer son intention de télétravailler, et les éventuelles possibilités pour l'employeur de s'y opposer en cas de besoin du service ;
- Un avertissement que le télétravail ne peut dépasser 10 % de la durée de travail annuelle, soit environ une demi-journée par semaine ; à défaut, il s'agirait en effet d'un télétravail régulier.

Les mentions suivantes pourraient encore s'avérer utiles :

- Un avertissement du salarié frontalier des règles fiscales et de sécurité sociale applicables et des seuils à ne pas dépasser ;
- Les différentes informations (voir ci-après) que l'employeur doit donner au salarié (sécurité au travail, protection des données) ; en les intégrant dans ce document, l'employeur pourra prouver avoir satisfait à ses obligations ;
- À notre sens, rien n'interdit à l'employeur de préciser que le télétravail n'est pas un droit acquis et que, moyennant un préavis raisonnable à fixer, il peut revenir sur sa décision ;
- Un éventuel rappel des droits conférés par la Convention.

Le modèle de confirmation élaboré par l'employeur devra au préalable être soumis à la délégation du personnel pour consultation (plus de 150 salariés) voire approbation.

La formule d'une confirmation paraît intéressante dans le cas où l'employeur laisse le libre choix au salarié de faire du télétravail ou non. On peut cependant imaginer que les parties veillent se mettre d'accord sur un télétravail occasionnel, mais obligatoire pour les deux parties. Dans ce cas, une confirmation patronale ne suffirait pas pour documenter l'accord du salarié et donc le caractère consensuel du télétravail. Un avenant en bonne et due forme est à recommander.

L'idée des auteurs du texte était de rendre plus facile et libre l'accord patronal. Ils ont même envisagé que l'accord individuel puisse être donné par des moyens tels qu'un message SMS ou un courrier électronique pour le télétravail non-récurrent⁸⁷, donc le télétravail occasionnel. Puisqu'il semble difficile de mettre toutes les mentions obligatoires et utiles dans un SMS, l'idée semble être que l'employeur peut fixer unilatéralement le cadre général dans sa confirmation, puis autoriser au jour le jour le télétravail par de courts messages.

Pour gagner en sécurité juridique, il peut être utile pour l'employeur de s'inspirer des mentions obligatoires et facultatives en matière de télétravail régulier pour les reprendre également pour le télétravail occasionnel.

Autorisation pour télétravail occasionnel

Par la présente, il est confirmé que le salarié ___ / les salariés du département ___ est/sont autorisé(s) à partir du ___ de prester un télétravail occasionnel.

Les prestations en télétravail ne peuvent dépasser ___ heures par semaine. Le télétravail n'est pas autorisé pendant les jours de semaines suivantes : ___ / pendant les périodes suivantes : ____. Le télétravail ne peut en aucun cas dépasser dix pour cent en moyenne du temps de travail annuel du salarié.

Le salarié est obligé d'annoncer par _____ son intention de prester du télétravail au moins ___ heures/jours à l'avance. Si les besoins du service s'y opposent l'employeur peut s'y opposer dans un délai de ___ jours/heures / l'employeur confirme la demande endéans un délai de ___ jours/heures. La réponse de l'employeur peut être donnée par courrier électronique et par tout autre système de messagerie. En l'absence de réponse de l'employeur dans ce délai, la demande de télétravail est réputée acceptée/refusée.

Pour le cas où il ne réside pas au Grand-Duché de Luxembourg, le salarié est encore informé du fait que si ses prestations en télétravail devaient dépasser les

87. Avis du CES sur le télétravail, p. 6.

seuils fixés par conventions internationales, il est susceptible d'être imposé dans son pays de résidence et d'y être soumis à la sécurité sociale. L'employeur ne pourra en aucun cas être tenu pour responsable de la diminution de la rémunération nette qui pourrait en résulter.

Ce document a été élaboré au regard de la Clause 5 de la Convention du 20 octobre 2020 relative au régime juridique du télétravail, après consultation / avec l'accord de la délégation du personnel.

Il ne confère au salarié aucun droit acquis au télétravail. L'employeur peut à tout moment, et sans devoir fournir de motivation, retirer son autorisation à titre individuel ou collectif moyennant un préavis de ___ semaines. Il peut la retirer avec effet immédiat s'il dispose d'un motif grave le justifiant.

(À compléter le cas échéant par : toutes autres clauses prévues pour le télétravail régulier, information en matière de sécurité au travail ; information en matière de santé au travail).

5.4.2. Télétravail régulier

Pour le télétravail régulier, l'accord entre parties doit être fixé par écrit. Deux solutions peuvent s'offrir aux parties :

- **Par référence.** Il est possible de renvoyer simplement au cadre défini par le régime spécifique de télétravail applicable dans l'entreprise, si un tel régime existe. Une simple référence à la Convention de 2020 n'est pas suffisante, puisque cette dernière n'est pas assez spécifique.

Les parties conviennent que le salarié fournit son travail en tout / en partie sous le régime du télétravail, conformément aux modalités fixées par – la convention collective du ..., l'accord subordonné du ... / le règlement/la circulaire interne.

Il est utile de remettre au salarié une copie de ces documents ou de lui procurer un accès, et d'obtenir sa confirmation. Les parties ne devraient pas non plus se référer à un document à un moment particulier, mais rendre ce renvoi dynamique afin que les futurs changements s'appliquent. Cette solution ne devrait pas poser de problème en cas de référence à un accord collectif ; en effet, il est admis que les salariés subissent les changements négociés dans les conventions collectives par les partenaires sociaux, les syndicats étant censés représenter leurs intérêts. Une référence dynamique au règlement interne est cependant plus délicate, puisque l'employeur aura la possibilité de modifier unilatéralement les règles

de télétravail. L'accord entre parties ne porterait ainsi plus que sur le principe du télétravail, l'employeur étant libre – dans le respect des compétences de la délégation – de modifier unilatéralement le régime.

Le salarié confirme avoir reçu une copie de la convention collective/de l'accord subordonné/ de la circulaire / du règlement interne.

Tout changement de convention collective/de l'accord subordonné s'appliquera automatiquement entre parties. / l'employeur se réserve le droit de modifier à tout moment la circulaire / le règlement intérieur.

L'employeur devra aussi vérifier que le régime spécifique auquel il se réfère contient bien toutes les mentions exigées par la clause 5.

- **Par des clauses individuelles.** S'il n'existe pas de régime spécifique ou si les parties au contrat veulent davantage individualiser leurs relations, ils peuvent le faire par des clauses explicites. La clause 5 de la Convention prescrit les mentions obligatoires suivantes :

- a) Le lieu du télétravail ou les modalités pour déterminer ce lieu.

Il peut s'agir d'une définition fixe (« Luxembourg, 13 rue de l'Eau ») ou d'une définition flexible (« au domicile du salarié »). Puisque l'employeur est responsable de la sécurité de son salarié, il peut aussi être précisé que le travail doit avoir lieu dans un endroit spécifique de la maison, pour lequel les conditions de sécurité ont été vérifiées (p. ex. « dans le bureau aménagé à ces fins au deuxième étage »).

Il est cependant également possible à notre sens de laisser une certaine liberté au salarié quant au choix de son lieu de travail. Cela implique cependant une perte de contrôle de l'employeur quant aux conditions de sécurité et de santé au travail. Si des données sensibles et confidentielles sont traitées par le salarié, il peut être utile d'interdire explicitement le télétravail dans des endroits tels que les cafés ou les transports publics.

- b) Les heures et les jours de la semaine pendant lesquels le télétravailleur fait du télétravail et doit être joignable pour l'employeur ou les modalités pour déterminer ces périodes.

Ces règles devront respecter le cadre légal en matière de durée de travail. Elles ne doivent pas être moins favorables que celles applicables aux salariés classiques.

- c) Les modalités de compensation éventuelle en matière d'avantages en nature suivant le point 6 de la Convention.

- d) Le forfait mensuel pour la prise en charge des coûts de connexion et de communication suivant le point 8 de la Convention.

Si le télétravail est régulier, ce forfait est censé couvrir l'intégralité des coûts de communication directement engendrés par le télétravail (clause 8).

En pratique, la connexion Internet et, le cas échéant, les communications téléphoniques seront couvertes par un forfait. Si une même ligne est partagée à des fins privées et professionnelles, il est impossible d'attribuer un coût exact au télétravail, et il faudra passer par une estimation.

- e) Les modalités du passage ou du retour vers la formule classique de travail suivant le point 13 de la convention.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, cette clause peut ouvrir une voie de sortie aux parties. À notre sens, il n'est cependant pas strictement obligatoire de prévoir une possibilité de retour, les parties pouvant convenir d'un poste restant en télétravail et préciser qu'un passage vers la formule classique n'est possible que d'un commun accord. Si une possibilité de retour est aménagée, il faut conseiller à l'employeur de veiller à ce que les modalités d'exercice par le salarié ne soient pas moins favorables que celles imposées à l'employeur.

- f) Les modalités réglant la prestation des heures supplémentaires (clause 10).

La liste de ces clauses obligatoires a été sensiblement réduite par rapport aux conventions antérieures. Il n'est notamment plus exigé de décrire l'intégration du salarié dans l'entreprise en définissant sa classification, son département d'affectation, son responsable hiérarchique et ses personnes de contact. Pour une bonne intégration du télétravailleur, de telles précisions peuvent cependant être utiles. De même, il n'est plus nécessaire de fournir une description exacte de l'outil de télétravail.

Le document contractuel peut encore contenir les différentes informations (voir ci-après) que l'employeur doit donner au salarié en matière de sécurité au travail et de protection des données ; en les intégrant dans ce document, l'employeur pourra prouver avoir satisfait à ses obligations. Le cas échéant, un renvoi peut également être suffisant.

Ces mentions peuvent figurer dans le contrat de travail initial ou, si le télétravail est mis en place en cours d'exécution du contrat, dans un avenant au contrat de travail ou dans une convention annexe.

Nous proposons ici un modèle pour un accord individuel sur le télétravail. De nombreuses clauses pourraient être reprises dans un accord plus général au niveau de l'entreprise pour mettre en place un régime spécifique de télétravail, par exemple dans un accord d'entreprise.

Accord sur le télétravail

Article 1^{er} – Mise en place du télétravail

(télétravail fixe) Les parties conviennent que (11 % ... 100 %) de la durée de travail convenue est prestée sous le régime juridique du télétravail. Ce télétravail est effectué selon l'horaire suivant : le ___ de ___ à ___ heures et de ___ à ___ heures ; le ___ (*facultatif*). L'employeur peut modifier cet horaire en fonction des besoins de l'entreprise.

(alternative : clause de flexibilité pour l'employeur, probablement valable) : Le lieu de travail du salarié est fixé à _____. L'employeur peut à tout moment changer le lieu de travail du salarié en fonction des besoins de l'entreprise, y compris au domicile du salarié sous forme de télétravail.

(alternative : télétravail au choix du salarié). Le salarié est autorisé à travailler ___ heures par semaine/mois selon le régime du télétravail. Le télétravail n'est cependant pas autorisé pendant les jours de semaines suivantes : ___ / pendant les périodes suivantes : _____.

Le télétravail est régi par le présent contrat, le régime particulier de l'entreprise découlant de ___ (*convention collective, accord subordonné, accord d'entreprise, règlement interne, etc.*) et la Convention du 20 octobre 2020 relative au régime juridique du télétravail ainsi que par tout accord venant s'y substituer.

(facultatif) Le salarié reconnaît avoir reçu une copie de ces documents. Il peut à tout moment demander la remise d'une copie des textes actuellement en vigueur.

Article 2 – Lieu du télétravail

Le salarié est libre de choisir l'endroit à partir duquel il effectue le télétravail.

(alternative) Le salarié effectuera son télétravail depuis son domicile, à ___ (*adresse*)___. Plus précisément, il effectuera son travail dans la pièce suivante : _____. La prestation de travail à partir d'un autre endroit nécessite un accord écrit préalable de l'employeur.

Le salarié est obligé de notifier à l'employeur tout changement d'adresse. Dans ce cas, les conditions d'exécution du travail seront réexaminées entre parties. *(facultatif)* En cas de changement de domicile, l'employeur se réserve le droit de revenir vers une formule de travail classique avec un préavis de ___ mois.

(facultatif) En raison du traitement de données confidentielles, il est interdit de télétravailler dans des lieux publics ne garantissant pas cette confidentialité, tels des parcs publics, des cafés ou les transports publics.

(facultatif) Le salarié veille à ce que le local qu'il utilise soit couvert par des polices d'assurance adéquates, y compris pour une utilisation professionnelle.

(facultatif, probablement valable) Le nettoyage et la ventilation du lieu de travail incombent au télétravailleur.

Article 3 – Télétravail frontalier *(facultatif)*

(facultatif) Pour le cas où il ne réside pas au Grand-Duché de Luxembourg, le salarié s'engage à ne pas dépasser les seuils fixés par les conventions en matière de fiscalité et les règles européennes en matière de sécurité sociale, rendant applicable le droit étranger, et qui sont actuellement fixés à ___ jours par an et à ___ % de la durée de travail annuelle.

(facultatif) Pour le cas où il ne réside pas au Grand-Duché de Luxembourg, le salarié est informé du fait que si ses prestations en télétravail devaient dépasser les seuils fixés par conventions internationales, il est susceptible d'être imposé dans son pays de résidence et d'y être soumis à la sécurité sociale. L'employeur ne pourra en aucun cas être tenu pour responsable de la diminution de la rémunération nette qui pourrait en résulter.

Article 4 – Période d'adaptation *(facultatif, inspiré des anciennes conventions)*

Le passage définitif vers la formule de télétravail est précédé d'une période d'adaptation de __ (p.ex. entre 3 et 12 mois)___ mois. Cette période est destinée à permettre à chacune des parties de déterminer que le télétravail est en adéquation avec ses attentes et avec l'organisation du travail. Pendant cette période, chacune des parties peut décider unilatéralement par lettre recommandée, et sans devoir fournir de motif, de mettre fin au télétravail moyennant un préavis de ___ jours. L'intégralité du préavis doit se situer endéans la période d'adaptation convenue.

(facultatif) Il ne peut être mis fin unilatéralement à la période d'adaptation pendant une période minimale de deux semaines. Sans préjudice des dispositions qui précèdent, il peut être mis fin à la période d'adaptation par notification soit par voie de lettre recommandée, soit par la remise en main propre au destinataire lequel appose sa signature sur le double de la lettre en question.

(facultatif) En cas de suspension de l'exécution du contrat pendant la période d'adaptation, cette période

est prolongée d'une durée égale à celle de la suspension, sans que la prolongation de la période d'adaptation ne puisse excéder un mois.

(facultatif) Le fait pour le salarié de faire emploi du droit au retour pendant la période d'adaptation ne constitue ni un motif de licenciement, ni un motif permettant de justifier l'application de l'article L. 121-7 du Code du travail.

(alternative, probablement valable) Les parties conviennent de mettre en place les modalités convenues ci-dessus relatives au télétravail pour une période de ___ mois. Après l'expiration de cette période, le maintien du télétravail nécessite l'accord écrit des deux parties.

Article 5 – Passage/retour vers la formule de travail classique

Les parties conviennent qu'un changement des modalités du télétravail, et en particulier un retour partiel ou total vers un poste de travail classique, ne peut se faire que d'un commun accord entre parties à fixer par écrit.

(alternative, reprise de l'ancienne convention) Le télétravailleur qui a manifesté le souhait d'occuper un emploi au sein de l'entreprise selon la formule classique est informé en priorité des emplois disponibles dans l'établissement et correspondant à sa qualification ou expérience professionnelle.

(alternative) Le salarié qui souhaite retourner vers une formule de travail classique pourra postuler à tout emploi vacant au sein de l'entreprise et sa candidature sera prise en considération au même titre que les autres candidatures. *(alternative)* Le salarié qui postule bénéficie d'une priorité d'accès au poste. En présence de plusieurs télétravailleurs exerçant leur droit de propriété, l'employeur est libre dans le choix du candidat / la priorité s'établit en fonction de l'ancienneté dans l'entreprise.

(alternative) Le salarié peut manifester son intérêt pour passer à une formule de travail classique. L'entreprise s'engage à proposer au salarié un poste en entreprise endéans ___ mois. Dans le respect du niveau de rémunération et des qualifications professionnelles, ce poste peut comporter des changements au niveau des attributions et de l'horaire.

(alternative) Chacune des parties peut dénoncer l'accord relatif au télétravail avec un préavis de ___ mois. Dans le respect du niveau de rémunération et des qualifications professionnelles, la nouvelle affectation peut comporter des changements au niveau des attributions et de l'horaire.

(facultatif) L'employeur est également en droit de revenir vers une formule de travail classique en cas de

non-respect par le salarié des règles du télétravail, notamment des règles de sécurité et de santé, de la durée de travail, de la confidentialité des données ou de l'utilisation du matériel informatique. *(facultatif)* Ce retour peut se faire lorsque les violations se poursuivent après un premier avertissement écrit adressé au salarié.

(facultatif) Le salarié est également en droit d'exiger le retour vers une formule de travail classique en cas de non-respect par l'employeur des règles du télétravail, notamment au niveau de la mise à disposition de matériel informatique, du remboursement des frais, du service de support, des règles de sécurité et de santé ou d'une violation des règles d'égalité de traitement. *(facultatif)* Ce retour peut se faire lorsque les violations se poursuivent après une première réclamation faite par écrit adressée à l'employeur.

Article 6 – Durée de travail

(rappel de la Convention) L'organisation du temps de travail suit en principe les règles applicables au sein de l'entreprise.

(facultatif) Toutefois, les parties conviennent des dérogations suivantes justifiées par la nature spécifique du télétravail : ____.

La durée de travail du salarié est fixée comme suit : de ____ à ____ heures et de ____ à ____ heures.

(alternative) Pendant les journées de télétravail, le salarié est libre d'organiser son horaire. Il veille à respecter rigoureusement les règles légales relatives à la limitation de la durée de travail journalière (8 heures) et hebdomadaire, les règles relatives au repos journalier et hebdomadaire obligatoires et la limitation du travail de nuit. Il s'engage à respecter une pause appropriée au plus tard au bout de 6 heures de travail. Aucun télétravail n'est autorisé pendant la période nocturne de ____ à _____. Aucun télétravail n'est autorisé les dimanches et les jours fériés.

(alternative) Pendant le télétravail, le salarié reste soumis au régime d'horaire mobile applicable dans l'entreprise.

(alternative) Le salarié est soumis au régime du plan d'organisation du travail applicable dans l'entreprise. À ces fins, le plan du travail mensuel lui sera communiqué chaque ____ du mois par courrier électronique.

(facultatif) Le salarié s'engage à prêter les heures de télétravail convenues. Il est informé qu'en vertu de l'article L. 211-29 du Code du travail, l'employeur est obligé de tenir un registre ou un fichier du début, de la fin et de la durée du travail journalier, ainsi que de toutes les prolongations de la durée normale de travail. Le salarié

est informé que ce registre est tenu selon les modalités suivantes : ____.

(facultatif) Le salarié s'engage à enregistrer au plus tard à la fin de chaque jour/semaine les heures passées en télétravail dans le système _____. Toute heure non encodée dans les délais est réputée non prestée.

(facultatif) Les heures de travail perdues en raison de problèmes techniques ou de communication qui ne sont pas imputables au salarié comptent comme temps de travail. Le salarié s'engage à collaborer activement pour réduire au possible la durée de son indisponibilité.

Article 7 – Disponibilité et droit à la déconnexion

Pendant les heures de télétravail, le salarié doit être joignable et peut être contacté par l'employeur, notamment par téléphone et par courrier électronique.

(alternative) Par dérogation à la liberté convenue dans l'organisation du temps de travail, le salarié doit être joignable pendant les périodes suivantes : ____.

Le salarié ne doit pas être joignable en dehors des horaires. *(alternative, éventuellement valable)* : En dehors de ses horaires, le salarié ne peut être joint par l'employeur que dans des situations urgentes et exceptionnelles.

(rappel de la Convention) En tout état de cause, le télétravailleur bénéficie du même droit à la déconnexion que les travailleurs classiques de l'entreprise.

(facultatif). Le droit à la déconnexion est actuellement encadré comme suit dans l'entreprise : ____.

Article 8 – Heures supplémentaires *(clause sans intérêt pour les cadres supérieurs)*

(rappel de la Convention) Les modalités de prestation des heures supplémentaires s'alignent en principe sur les procédures à internes à l'entreprise. Dans le respect des articles L. 211-22 et suivants du Code du travail, la prestation d'heures supplémentaires a un caractère exceptionnel.

Les parties conviennent des modalités de prestation d'heures supplémentaires suivantes, spécifiques au télétravail : ____.

Article 9 – Équipement de travail *(facultatif)*

(facultatif) L'employeur met à disposition du télétravailleur le matériel suivant : ____.

(facultatif) Le matériel mis à disposition par le salarié reste la propriété de l'entreprise. Le salarié s'engage à le restituer sans délai et sans effacer le contenu professionnel lorsque le télétravail ou la relation de travail prend fin.

(*facultatif*) L'employeur est à tout moment en droit d'exiger la restitution du matériel pour le remplacer par un matériel au moins équivalent.

(*alternative probablement valable*) L'employeur s'engage à rembourser sur facture au salarié l'achat du matériel informatique nécessaire au télétravail, dans la limite d'un budget de ___ euros pour chaque période de ___ années. (*facultatif*) Pour des raisons de sécurité et de santé, le salarié soumet à l'employeur pour validation une liste de l'équipement qu'il projette d'acheter.

(*alternative*) Le salarié est autorisé à utiliser l'équipement qui est mis à sa disposition en dehors de ses horaires de travail à des fins privées pour des applications bureautiques classiques et pour l'utilisation d'Internet et du courrier de messagerie privée, à l'exclusion toutefois de toute utilisation pour ___ (*streaming, gaming, etc.*) ___. L'employeur se réserve le droit de révoquer cette autorisation à tout moment.

En aucun cas le salarié ne doit utiliser l'équipement pour accéder, consulter, télécharger, enregistrer ou partager des contenus contraires aux bonnes mœurs ou à la législation. Ceci inclut en particulier tout contenu de nature pornographique et tout contenu enfreignant les droits d'auteur et les autres droits de propriété intellectuelle.

En cas de violation de ces obligations, les sanctions suivantes s'appliquent : ___ / les sanctions disciplinaires ordinaires prévues par la convention collective/le règlement interne/le Code du travail sont encourues.

(*rappel de la Convention*) En cas de besoin, le télétravailleur peut demander un service approprié d'appui technique.

(*rappel de la Convention*) Le télétravailleur prend soin des équipements qui lui sont confiés.

L'employeur assume la responsabilité, sans préjudice de l'article L. 121-9 du Code du travail, des coûts liés à la perte ou à la détérioration des équipements et des données utilisées par le télétravailleur.

(*rappel de la Convention ; l'employeur est obligé de fixer les modalités*) En cas de panne ou de mauvais fonctionnement des équipements de travail, le télétravailleur doit en aviser immédiatement l'entreprise suivant les modalités suivantes : _____.

(*facultatif*) Le salarié s'engage encore à informer l'employeur sans délai de toute anomalie et de tout dysfonctionnement constaté. Il informe également l'employeur de toute situation qui présente un risque que le traitement ou la communication des données soit compromis ou que l'ordinateur soit infecté.

Article 10 – Rémunération

(*rappel de la Convention*) Au niveau de la rémunération, le télétravailleur bénéficie de l'égalité de traitement par rapport aux travailleurs classiques.

(*s'il y a lieu*). En considération du fait que les salariés présents à l'entreprise bénéficient de ____, prestation qui ne bénéficiera pas / que partiellement au salarié en télétravail, les parties conviennent d'une compensation mensuelle de ___ euros. En tant qu'avantage en nature, ce montant fait partie intégrante du salaire et sera soumis aux charges sociales et fiscales applicables.

Article 11 – Frais liés au télétravail

L'employeur prend en charge à titre de forfait mensuel pour la prise en charge des coûts de connexion et de communication un montant de ___ euros. (*dispositions sur les éventuels frais d'assurance, frais d'électricité, frais de chauffage, fournitures de bureau, etc.*)

(*Alternative, prise en charge par l'employeur*). L'employeur souscrit à ses frais un abonnement téléphonique ainsi qu'une connexion à Internet. Le salarié s'engage à n'utiliser que ces canaux de communication pour son télétravail et à ne pas en faire un usage privé.

Article 12 – Nature du travail et charge de travail (*facultatif*)

Les fonctions du salarié sont celles convenues à l'article ___ de son contrat de travail. (*facultatif*) L'employeur peut à tout moment modifier les tâches et affectations du salarié en fonction des besoins de l'entreprise.

(*alternative*) En raison de la nature particulière du télétravail, les parties conviennent des modifications suivantes au niveau de l'affectation du salarié : _____.

(*alternative*) En raison de la nature particulière du télétravail, les parties conviennent que le salarié s'investit prioritairement dans les tâches suivantes durant son télétravail : ___ et aux tâches suivantes durant sa présence à l'entreprise : _____.

(*facultatif*) Sous réserve d'un changement d'affectation, le télétravailleur est intégré dans le service ___ sous la responsabilité hiérarchique actuelle de _____.

(*facultatif*) Le salarié met durant les heures de télétravail convenues son entière force de travail à disposition de l'entreprise. Il s'engage en particulier à ne pas exercer en parallèle des fonctions de nature privée, telle la surveillance d'enfants.

(*rappel de la Convention*) La charge de travail et les critères de résultat du télétravailleur sont équivalents à ceux des travailleurs comparables dans les locaux de l'employeur.

(facultatif) Employeur et salarié conviennent d'organiser une entrevue au moins annuelle/mensuelle pour discuter des modalités d'organisation du télétravail, des missions attribuées et de la charge de travail.

(facultatif) Si le salarié estime que la charge de travail qui lui est attribuée n'est pas réalisable endéans l'horaire convenu, il en informe aussitôt son supérieur hiérarchique. En aucun cas, l'attribution de tâches ne saurait valoir autorisation implicite de prester des heures supplémentaires.

Article 13 – Promotion et avancement *(facultatif)*

(rappel de la Convention) Le télétravailleur bénéficie de l'égalité de traitement en matière d'accès à la promotion et a accès aux mêmes possibilités d'évolution de carrière que les travailleurs comparables qui travaillent dans les locaux de l'employeur.

(facultatif, probablement valable) Le salarié est informé que le fait d'accepter une promotion peut impliquer une suppression ou modification du régime du télétravail, notamment si les nouvelles fonctions requièrent une présence à l'entreprise. Dans ce cas, le salarié sera libre d'accepter ou de refuser la promotion, un refus ne pouvant être considéré comme violation de l'égalité de traitement en matière de droit à la promotion.

Article 14 – Formation *(facultatif)*

(rappel de la Convention) Le télétravailleur a le même accès à la formation que les travailleurs comparables qui travaillent dans les locaux de l'employeur et est soumis aux mêmes politiques d'évaluation que ces autres travailleurs.

(rappel de la Convention) Le télétravailleur reçoit à sa demande une formation appropriée ciblée sur les équipements techniques à sa disposition et sur les caractéristiques de cette forme d'organisation du travail.

(mention facultative, mais la formation en tant que telle peut être obligatoire) Dans le cadre de la mise en place du télétravail, le salarié bénéficiera en particulier des formations suivantes : _____.

Article 15 – Sécurité et santé

(facultatif) Le salarié aménage à son domicile un poste de travail dans lequel il installera le matériel mis à sa disposition. Cet espace de travail doit obéir aux règles de sécurité et d'ergonomie exigées par la réglementation. À ces fins, le salarié peut faire appel à l'employeur pour obtenir des conseils. Après accord préalable de l'employeur, l'entreprise prend en charge les frais d'aménagement et de mise en conformité du local de télétravail à hauteur de ____ euros.

(rappel de la Convention) L'employeur informe le télétravailleur de la politique de l'entreprise en matière de sécurité et de santé au travail. Le télétravailleur applique correctement ces politiques de sécurité et santé au travail.

(rappel de la Convention) Le télétravailleur est autorisé à demander une visite d'inspection du service de santé au travail de l'entreprise, du délégué à la sécurité et à la santé de l'entreprise ou de l'inspection du travail et des mines.

Article 16 – Intégration sociale *(clause facultative, mais l'employeur doit prendre des mesures)*

(rappel de la Convention) L'employeur s'engage à prendre les mesures nécessaires pour prévenir l'isolement du télétravailleur par rapport aux autres travailleurs de l'entreprise.

(facultatif) Le télétravailleur a la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues suivant les modalités suivantes : _____.

(facultatif) Le télétravailleur a accès aux informations de l'entreprise suivant les modalités suivantes : _____.

Article 17 – Droits collectifs *(facultatif)*

(rappel de la Convention) Le télétravailleur a les mêmes droits collectifs que les travailleurs dans les locaux de l'entreprise. Il a en particulier le droit de communiquer par tout moyen de communication adéquat avec les représentants du personnel de l'entreprise. Il est soumis aux mêmes conditions de participation et d'éligibilité aux élections pour les délégations du personnel.

(facultatif, probablement de droit) Le télétravailleur est en droit d'utiliser l'équipement mis à sa disposition pour communiquer avec la délégation du personnel.

Article 18 – Propriété intellectuelle *(facultatif, mais utile surtout pour le télétravail)*

Tout droit de propriété intellectuelle, notamment tout droit d'auteur, droit voisin, droit sur logiciels informatiques et droit sur bases de données, qui naît dans le chef du salarié pendant son travail, à l'occasion ou dans le cadre de celui-ci, est cédé intégralement et automatiquement à l'entreprise pour l'intégralité de la durée de protection. La cession porte tant sur les droits patrimoniaux que sur les droits moraux.

Aucune rémunération spéciale autre que celle prévue par le contrat de travail n'est due pour cette cession.

Toute invention brevetable réalisée par le fait ou à l'occasion du travail revient à l'entreprise.

Article 19 – Information en matière de sécurité et de santé au travail *(facultatif dans le contrat, mais l'information doit être fournie).*

En matière de sécurité et de santé au travail, les règles applicables sont les suivantes : ____ / résultent du document ____.

Le salarié s'engage à respecter les règles de sécurité ainsi établies.

Article 20 – Information en matière de protection des données (*facultatif dans le contrat, mais l'information doit être fournie*).

En matière de protection des données, les règles applicables sont les suivantes : ____ / résultent du document ____.

Le salarié sera informé des règles d'utilisation du matériel informatique et des logiciels informatiques élaborés par le service informatique afin de garantir la sécurité des communications et la confidentialité des données.

Le salarié s'engage à respecter les règles ainsi établies.

Le salarié est en outre informé comme suit quant au traitement de ses données personnelles dans le cadre de la prestation de télétravail : ____ (*voir aussi la clause proposée dans le titre qui suit*)

matière de protection des données, par exemple en leur rappelant qu'ils ne doivent accéder qu'aux données qui intéressent directement leur travail, qu'aucune donnée ne doit pas quitter l'entreprise sans autorisation, que les copies sont interdites, que les violations de confidentialité sont à signaler sans délai, etc.

Pour les télétravailleurs, le risque est cependant accru du fait qu'ils travaillent à distance, sans surveillance physique et au moyen d'un équipement auquel l'employeur n'a qu'un accès limité. Pour cette raison, la Convention insiste sur l'obligation patronale d'informer le télétravailleur en matière de protection des données et de le former dans la mesure du nécessaire. Il ne s'agit donc pas d'une mesure de protection du télétravailleur, mais d'une mesure de protection des tiers et de l'employeur, qui risque d'être tenu pour responsable. L'information et la formation doivent porter en particulier sur les points suivants :

- Toutes les législations et règles pertinentes de l'entreprise en matière de protection des données ;
- Toute restriction à l'usage des équipements ou outils informatiques comme Internet, e-mails ou téléphone mobile ; en particulier, le télétravailleur ne doit rassembler ni diffuser de matériel illicite par Internet⁸⁸ ;
- Les sanctions en cas de non-respect.

Cette obligation est évidemment trop large. À elle seule, la législation sur la protection des données permet d'occuper une année entière d'études universitaires. Il s'agit plutôt de donner aux salariés une vue d'ensemble et de les rendre attentifs à leurs obligations principales.

Il incombe au télétravailleur de se conformer à ces règles.

Si la clause 7 s'intéresse d'après notre analyse aux données d'autrui traitées par le télétravailleur, il ne faut pas oublier que le télétravail donnera lieu au traitement de données personnelles concernant le salarié. Comme pour tout salarié, l'employeur est obligé de fournir au salarié un ensemble d'informations sur la collecte de ses données, telle que leur durée de conservation, et de lui remémorer son droit d'accès et de rectification.

Information en matière de protection des données

Le salarié est informé que dans le cadre de la mise en œuvre du télétravail, l'employeur traite les données personnelles suivantes du salarié , traitement qui

5.5. Obligations d'information et de formation

De manière générale, la Convention énonce un principe d'égalité d'accès à la formation des télétravailleurs (clause 11). Plus spécifiquement, elle met à charge de l'employeur deux sortes d'obligation d'information ou de formation pour les télétravailleurs. Il appartient à l'employeur d'apprécier si une simple information est suffisante ou si la complexité de la question exige une véritable formation. La formation sera à charge de l'employeur et devra à notre avis avoir lieu pendant la durée de travail. Du moins pour des télétravailleurs à 100 %, il semble cohérent qu'elle soit proposée par téléconférence. Cette information ou formation devra être répétée autant de fois que nécessaire, et notamment à chaque fois que les règles sont modifiées.

• **Sécurité et santé.** Suivant la clause 9 de la Convention, l'employeur doit informer le télétravailleur de la politique de l'entreprise en matière de sécurité et de santé au travail. Une telle obligation existe cependant également pour tous les salariés, qui doivent être informés des règles de sécurité applicables.

• **Protection des données.** L'employeur a un intérêt à informer et former tous les salariés de l'entreprise en

88. Art. 7 de l'accord-cadre européen.

est nécessaire à l'exécution du présent contrat. (*information sur les données traitées, sur les délais de conservation, sur la transmission à des tiers, sur le délégué à la protection des données, sur le droit d'accès et le droit de correction, etc.*).

Le salarié sera en outre amené dans le cadre de son travail à traiter à distance les données personnelles de personnes tierces.

Le salarié a reçu/recevra une formation spécifique sur la protection des données. L'employeur attire l'attention en particulier sur les documents suivants : la Charte informatique de l'entreprise, ...

Le salarié est informé qu'il ne doit pas connecter l'ordinateur mis à disposition avec un réseau câblé ou Wifi tiers, qu'il ne doit pas consulter des sites Internet à des fins privées et qu'il est interdit de brancher des stockages externes. Le salarié s'interdit d'imprimer des documents de l'entreprise. Le salarié s'assure qu'aucune autre personne ne se trouve dans le lieu dédié au télétravail. Il ne partage son mot de passe avec personne et ne l'inscrit, même de façon codée, sur aucun document ou support. S'il quitte son bureau, il veille à verrouiller l'ordinateur...

6. ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION

Tout d'abord, le cadre général de la législation contre la discrimination s'applique également au télétravail. Ainsi, toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe et l'état familial (L. 241-1s.), sur la religion, les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, l'appartenance ou la non-appartenance à une nationalité, race ou ethnie (L. 251-1), est interdite. Cette règle doit en particulier être observée en ce qui concerne la définition des catégories de salariés pouvant accéder au télétravail. Une discrimination directe est à proscrire, par exemple une règle par exemple qui accorderait les postes de télétravail par priorité aux salariés ayant des enfants scolarisés. Puisque potentiellement, seuls certains métiers sont concernés par le télétravail, l'employeur devra également être vigilant pour éviter une discrimination indirecte fondée sur le sexe s'il s'avère que, statistiquement, davantage d'hommes ou de femmes peuvent en bénéficier en raison d'une répartition inégale des sexes entre métiers. Laetitia HAURET note en effet que sur le terrain, les hommes se voient plus souvent offrir la possibilité de télétravailler que les femmes⁸⁹.

Ensuite, la Convention met en place un ensemble de règles visant à garantir l'égalité de traitement et la non-

discrimination des télétravailleurs⁹⁰. Si on ne peut admettre que les télétravailleurs bénéficient d'une véritable protection contre la discrimination au sens du Code du travail (titre 6.1), ils bénéficient cependant de nombreux égards d'un droit à l'égalité de traitement tant en droit du travail individuel (titre 6.2) qu'en droit du travail collectif (titre 6.3).

6.1. Un principe général de non-discrimination ?

Tout d'abord, le préambule énonce de manière générale que : « Les salariés ne doivent subir aucune discrimination en raison de leur statut de télétravailleur ». En l'absence d'autre élément, il y a lieu d'admettre que les partenaires sociaux ont entendu se référer à la définition générale de la discrimination telle qu'elle figure à l'article L. 251-1, qui distingue entre discrimination directe et indirecte. Sont ainsi interdites :

- **La discrimination directe** : le fait de traiter de manière moins favorable une personne qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur base du fait qu'il s'agit d'un poste de télétravail (ou d'un poste ordinaire).
- **La discrimination indirecte** : une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre qui entraîne un désavantage particulier pour des personnes en télétravail (ou en poste ordinaire) par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiés par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires.

Nous pensons qu'un principe général de non-discrimination va trop loin. Il faut en effet rappeler que la discrimination directe n'admet *aucune* exception⁹¹ ; l'argument selon lequel la différence de traitement est objectivement justifiée ne peut être invoqué. Pour des critères tels que le sexe, l'orientation sexuelle ou religieuse ou encore l'ethnie, il semble logique de considérer qu'ils n'ont aucune influence sur la qualité et la nature du travail que le salarié peut exécuter. Il est donc justifié d'interdire toute différenciation. Le télétravail n'est cependant pas une caractéristique inhérente à la personne du salarié (tel que le sexe ou l'ethnie), et ne relève pas de la vie privée du salarié (telle que l'orientation sexuelle ou l'état familial), mais constitue une caractéristique inhérente aux modalités du contrat de travail.

À ce titre, le télétravail devrait être rangé dans la même catégorie que d'autres formes de travail atypiques, telles

89. L. HAURET, *op. cit.*, p. 25 ; l'employeur ne doit veiller à l'égalité de traitement qu'au sein de son entreprise.

90. L'égalité de traitement est également un élément central de l'accord-cadre européen, ainsi que de la Convention OIT n° 177 sur le travail à domicile, non ratifiée par le Luxembourg.

91. Sauf les quelques exceptions explicitement prévues par le texte, par exemple le fait qu'il s'agisse d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

que le travail à temps partiel ou le travail intérimaire. Or, pour ces types de contrats, le législateur n'a, à bon escient, pas mis en place de règle de non-discrimination⁹². En effet, sur de nombreux points, les salariés sous statut atypique sont traités de manière différente, et personne ne s'y offusque. Il n'y a ainsi pas lieu d'interpréter la règle de non-discrimination comme interdisant d'office toute différence de traitement entre un télétravailleur et un salarié en entreprise, au sens de l'article L. 251-1.

Dans cette optique, la clause 6 de la Convention précise en effet que : « Un traitement différent des télétravailleurs peut être justifié par des raisons objectives, sans préjudice pour autant aux principes de non-discrimination et d'égalité de traitement ». Ce texte nous semble quelque peu contradictoire. L'intention des partenaires sociaux semble toutefois claire : il n'y a pas de règle de non-discrimination au sens classique, interdisant tout simplement de distinguer entre deux catégories de salariés, mais une distinction est permise, à condition qu'elle soit objectivement justifiée. Par référence aux textes précités, il faut ajouter que la différenciation doit en outre être appropriée et nécessaire, donc proportionnée. C'est au final le juge qui devra trancher *ex post*, si une différence de traitement mise en place est objectivement justifiée ou non.

6.2. Principes d'égalité de traitement – droit du travail individuel

La Convention énonce des principes d'égalité de traitement sur les points suivants :

– **Législation et conventions collectives.** Le Préambule précise, de manière éventuellement inutile⁹³, que les télétravailleurs jouissent de tous les droits reconnus par la législation sociale, par les conventions collectives de travail. Ce texte ne fait que rappeler que le télétravailleur est à la base un salarié et doit être traité comme tel. La clause 6 précise que les télétravailleurs ne bénéficient pas seulement des mêmes droits, mais qu'ils sont encore soumis aux mêmes obligations prévues par la législation et les conventions collectives. La référence porte sur « travailleurs comparables dans les locaux de l'entreprise ». Il faut donc comparer avec un travailleur occupant un poste similaire, ayant des qualifications proches et la même ancienneté. Ce type de comparaison n'est pas toujours facile à mettre en pratique.

Les règles internes peuvent cependant instaurer des différenciations objectives, tenant compte de la nature

spécifique du télétravail. Par exemple, les règles sur les modalités de pointage des heures de travail peuvent différer entre télétravailleurs et les salariés ordinaires.

– **Avantages extra-légaux.** Selon le préambule, le télétravailleur doit encore jouir des droits reconnus par le règlement interne de l'entreprise. Ce principe peut à notre avis être étendu à tout avantage unilatéral accordé par l'employeur. Concernant de tels avantages extra-légaux, aucune distinction ne doit dès lors être faite entre télétravailleurs et salariés ordinaires.

Puisque certains avantages en nature ne peuvent, de par leur nature, pas bénéficier aux télétravailleurs, la Convention prévoit que si le télétravail implique une telle perte d'un avantage en nature auquel le travailleur aurait normalement eu droit, les parties doivent fixer dans leur accord une compensation qui peut être spécifique, mais qui doit respecter le principe de non-discrimination, donc qui doit être équivalent à l'avantage dont bénéficient les autres salariés. Cette règle ne s'applique pas au télétravail occasionnel. Il est encore précisé que le télétravailleur n'a pas droit à un dédommagement lorsque l'avantage en nature est intimement lié à sa présence dans l'entreprise, tel l'accès à une place de parking, à une cantine ou à une salle de sport qui se trouve dans les locaux de l'entreprise.

Ainsi par exemple, comme le souligne Laurent CHAPPELLE, un salarié qui bénéficiait d'un repas offert chaque jour de travail dans l'entreprise d'une valeur de 2,50 € se verra verser 2,50 € x le nombre de jours travaillés en télétravail sur son salaire mensuel⁹⁴.

La clause 6 précise que « l'égalité de traitement entre télétravailleurs et travailleurs classiques » doit être respectée par l'employeur en matière de droit du travail individuel quant :

- Aux conditions d'emploi.* Cette notion est très large et couvre la quasi-totalité du droit du travail ;
- Au temps de travail.* La clause 10 ajoute que l'organisation du temps de travail doit suivre les mêmes règles que celles applicables dans l'entreprise ;
- Aux conditions de rémunération.* Selon la clause 10, les critères de résultat doivent en particulier être équivalents. Pour les télétravailleurs frontaliers, nous sommes d'avis que le principe d'égalité ne doit s'appliquer qu'à la rémunération brute ; le fait que les cotisations sociales et charges fiscales puissent varier d'un pays à l'autre n'est pas imputable à l'employeur ;

92. Mais uniquement des règles d'égalité de traitement limitées dans leur champ d'application.

93. Il semble évident que les règles légales et les conventions collectives sont applicables aux télétravailleurs. En outre, une Convention entre partenaires sociaux ne peut modifier le champ d'application d'une règle légale.

94. CHAPPELLE Laurent, *op. cit.*, p. 4.

- d) *Aux conditions et à l'accès à la promotion.* Plus spécifiquement, il doit bénéficier des mêmes possibilités d'évolution de carrière et être soumis aux mêmes politiques d'évaluation (clause 11) ;
- e) *À l'accès collectif et individuel à la formation professionnelle continue.* La clause 11 précise que le télétravailleur a le même accès à la formation que les travailleurs comparables qui travaillent dans les locaux de l'employeur ;
- f) *Au respect de la vie privée et au traitement de données à caractère personnel à des fins de surveillance dans le cadre des relations de travail ;*
- g) *À la réception des informations courantes que l'employeur fait circuler dans l'entreprise ;*
- h) *À la charge de travail, qui doit être équivalente (clause 10) ;*
- i) *Aux règles sur la prestation d'heures supplémentaires, qui doivent s'aligner dans la mesure du possible sur celles internes à l'entreprise (clause 10).* Cette formulation permet de conclure qu'une stricte égalité de traitement n'est pas requise ;
- j) *Au droit à la déconnexion.* Selon la clause 10, toute disposition relative au droit à la déconnexion applicable à un travailleur classique s'applique aussi au télétravailleur.

Contrairement à d'autres catégories de contrats atypiques (p.ex. les intérimaires, L. 131-13 [1]), le principe d'égalité de traitement pour les télétravailleurs est formulé de manière **bidirectionnelle**. Non seulement les télétravailleurs ne doivent pas être traités de manière moins favorable que les salariés classiques, mais inversement, les salariés classiques ne doivent pas subir de traitement défavorable par rapport aux télétravailleurs.

6.3. Principes d'égalité de traitement – droit du travail collectif

Le droit du travail collectif met en place le dialogue social au sein des entreprises, par la négociation collective et sur le plan institutionnel.

• **Dialogue social en entreprise.** La clause 12 précise que les télétravailleurs ont les mêmes droits collectifs que les travailleurs locaux de l'entreprise, notamment :

- Le droit de communiquer par tout moyen de communication adéquat avec les représentants du personnel

de l'entreprise. L'employeur doit à notre sens veiller en particulier à ce que la confidentialité d'une telle communication soit garantie, il ne dispose d'aucun droit d'inspection ;

- La soumission aux mêmes conditions de participation et d'éligibilité aux élections pour les délégations du personnel. On peut s'interroger si, en présence de télétravailleurs à 100 %, l'employeur doit mettre en place un vote par correspondance ou s'il peut exiger un déplacement en entreprise ;
- L'inclusion dans les calculs déterminant les seuils nécessaires pour les instances de représentation des travailleurs. Cette précision n'aurait pas forcément été nécessaire, puisqu'en tant que salariés de l'entreprise, ils doivent nécessairement être comptabilisés.

Une interrogation quant à ces principes est cependant permise pour les télétravailleurs frontaliers. L'article L. 411-1 ne le précise pas, mais il nous semble évident que pour compter les seuils en matière de délégation du personnel, seuls les salariés travaillant au Luxembourg sont à comptabiliser. Comme nous l'avons vu, un télétravailleur travaillant à plus de 50 % à l'étranger sera soumis au droit du travail de son pays de résidence ; il comptera dès lors dans les effectifs pour une éventuelle représentation du personnel que l'entreprise devra mettre en place à l'étranger. Doit-il également être comptabilisé au Luxembourg ? De même, en ce qui concerne l'éligibilité et la protection qui en résulte, il faut s'interroger si ce télétravailleur d'une entreprise pourra postuler tant pour la délégation luxembourgeoise que pour la représentation belge, française ou allemande, et selon quelle législation il sera protégé.

Les délégués du personnel doivent à leur tour respecter l'égalité de traitement des télétravailleurs et les traiter à l'instar des autres salariés de l'entreprise. En particulier, la clause 6 met à charge de la délégation du personnel une obligation d'égalité de traitement concernant les informations qu'elle fait circuler dans l'entreprise.

Si des télétravailleurs sont élus délégués du personnel, cela peut poser quelques défis pratiques dans l'organisation des réunions de la délégation et de l'interaction avec l'employeur.

• **Négociation collective.** Les télétravailleurs ont le droit de se syndiquer⁹⁵. En pratique, toutefois, ils sont plus difficiles à atteindre pour les syndicats que les travailleurs en

95. Voir notamment en ce sens l'article 11 de la Recommandation OIT n° 184 sur le travail à domicile. Les statuts de l'OGBL et du LCGB n'exigent pas spécifiquement que les membres doivent travailler au Luxembourg ou être soumis au droit luxembourgeois. Pour l'assistance juridique, les statuts de

l'OGBL précisent toutefois que : « La protection juridique concerne les litiges de travail sur le territoire luxembourgeois respectivement en rapport avec un contrat de travail ou un statut luxembourgeois ».

entreprise. Ils ont également le droit d'exercer le droit de grève dans les conditions prévues par le Code, donc essentiellement après échec de la conciliation.

Au niveau de la négociation collective, nous venons de voir que les conventions collectives bénéficient aux télétravailleurs (du moins ceux dont le contrat de travail est régi par le droit luxembourgeois). Ils profitent dès lors de tous les efforts fournis par les syndicats au niveau de la négociation collective. Il faut toutefois rappeler que chaque convention collective peut définir son propre champ d'application personnel et peut exclure certaines catégories de salariés. Par exemple, la Convention collective du secteur du bâtiment ne concerne que les anciens ouvriers, à l'exclusion des travailleurs intellectuels. Or, le principe d'égalité imposé par la Convention, qui à nos yeux est une source de droit hiérarchiquement supérieure aux conventions collectives, devrait interdire d'exclure d'office les télétravailleurs de son champ d'application. Elle peut cependant prévoir des règles différentes, objectivement justifiées, pour ces derniers. Comme nous l'avons vu, les conventions collectives sont effectivement appelées à fixer à l'avenir au niveau sectoriel ou au niveau de l'entreprise, des régimes spécifiques de télétravail.

• **Niveau institutionnel.** Sur le plan institutionnel, le télétravailleur reste un ressortissant obligatoire et partant également électeur au niveau de la Chambre des Salariés. Il devra dès lors payer sa cotisation annuelle. Comme pour les autres points, des interrogations subsistent pour les télétravailleurs frontaliers.

7. EXÉCUTION DU CONTRAT

7.1. Rémunération

En matière de rémunération, le télétravailleur est soumis aux mêmes règles que les autres salariés, la Convention imposant un principe d'égalité de traitement. En particulier, les « critères de résultat » doivent être les mêmes (clause 10). Ainsi, si les salariés en entreprise sont rémunérés sur une base horaire, les télétravailleurs faisant un travail similaire ne peuvent pas être rémunérés à la tâche, à l'unité ou au rendement. Cette exigence de critères égaux risque cependant de se heurter en pratique au fait que : « Le télétravail se prête [...] plus facilement à un mode de management basé sur la réalisation d'objectifs plutôt qu'à un mode de management basé sur la présence au travail du salarié »⁹⁶.

Comme nous l'avons vu, la rémunération de télétravailleurs frontaliers peut subir les retenues fiscales et de sécurité sociale du pays de résidence en cas de dépassement de seuil.

Le télétravailleur a droit à sa fiche de salaire (L. 125-7) comme les autres salariés. Il ne nous semble pas strictement nécessaire que la fiche de salaire distingue entre les heures de télétravail et les heures ordinaires, puisque les deux sont à rémunérer de façon identique ; mais une telle indication permet cependant de faciliter le suivi et le contrôle.

Tel que détaillé ci-avant, les frais liés au télétravail sont à indemniser, du moins sur base d'un forfait. Une compensation pour des avantages en nature dont le télétravailleur ne peut bénéficier devra le cas échéant être prévue.

7.2. Frais liés au télétravail

Lorsque le télétravail est régulier, l'employeur doit prendre en charge les coûts directement engendrés par le télétravail, en particulier ceux liés aux communications.

Il s'agit d'une application du principe communément admis⁹⁷ selon lequel les frais liés au travail sont à charge de l'entreprise⁹⁸. Le télétravail peut ainsi également entraîner d'autres frais, notamment des frais de chauffage, d'électricité ou d'assurance. Les parties pourraient dès lors convenir d'un forfait raisonnable pour les couvrir. La Convention ne semble pas permettre une compensation de ces coûts du télétravail avec les économies faites par le salarié, notamment au niveau de son trajet professionnel.

A contrario, pour le télétravail occasionnel, il n'existe pas d'obligation patronale de rembourser les frais.

7.3. Équipements de travail

La Convention prévoit que lorsque le télétravail est régulier, l'employeur fournit l'équipement de travail nécessaire au télétravail.

Contrairement à d'autres stipulations, ce texte ne vise pas exclusivement l'équipement technique (ordinateur, portable, imprimante), mais tout équipement, ce qui pourrait inclure l'équipement classique tel le mobilier de bureau (chaise, bureau). Cette interprétation pourrait faire du sens dans la mesure notamment où le choix d'une

96. L. HAURET, *op. cit.*, p. 7.

97. Voir notamment l'article 16 de la Recommandation OIT n° 184 sur le travail à domicile de 1996 selon lequel les travailleurs à domicile devraient recevoir un dédommagement pour « les dépenses liées à leur travail telles que celles

concernant la consommation d'énergie et d'eau, les communications et l'entretien de l'équipement et des machines ».

98. Voir p.ex. CSJ, 8^e, 27 novembre 2014, n° 40235, LexNow Référence/ID 20201202595.

chaise de qualité est primordial pour assurer la santé des salariés.

A contrario, en cas de télétravail occasionnel l'employeur n'a pas de telles obligations. Il peut fournir l'équipement, mais peut aussi laisser les salariés utiliser leur propre équipement (*use your own device*). D'autres considérations plaident cependant en faveur d'une fourniture par l'employeur :

- D'un point de vue de *santé au travail*, que l'employeur doit garantir, l'utilisation de l'équipement de maison, tel l'ordinateur portable, risque de ne pas toujours être conforme aux exigences réglementaires, notamment au niveau de la posture devant l'écran ;
- Du côté de la *protection des données personnelles*, tant du salarié que des tiers, à laquelle l'employeur doit veiller, l'utilisation d'un équipement non professionnel, partagé avec un usage privé voire familial, pourrait ne pas satisfaire aux exigences de sécurité informatique.

La Convention précise encore qu'en cas de besoin, le télétravailleur peut demander un service approprié d'appui technique. Selon la clause 11, il doit même recevoir sur demande une formation appropriée sur les équipements techniques à sa disposition et sur les caractéristiques du télétravail en tant que forme atypique d'organisation du travail.

L'employeur assume la responsabilité, sans préjudice de l'article L. 121-9 du Code du travail, des coûts liés à la perte ou à la détérioration des équipements et des données utilisées par le télétravailleur. Le télétravailleur prend soin des équipements qui lui sont confiés. Il n'est pas clair si ces règles s'appliquent exclusivement au matériel fourni par l'employeur ou également à l'équipement personnel que le salarié utilise dans un contexte professionnel. En tout cas, elles ne reflètent que le droit commun en la matière : l'employeur répond des dommages causés sans faute ou par faute simple, tandis que le salarié répond de ses actes volontaires et de sa négligence grave. Lors de l'appréciation du degré de négligence, les juges tiendront certainement compte des informations et formations dont le salarié a bénéficié au préalable.

Rappelons cependant que selon la jurisprudence luxembourgeoise, cette limitation de responsabilité ne joue que

dans les relations entre employeur et salarié. Un tiers, par exemple une personne dont les données ont été divulguées, peut agir directement contre le salarié qui ne pourra invoquer à son égard aucune limitation de responsabilité⁹⁹.

Il est encore précisé qu'en cas de panne ou de mauvais fonctionnement des équipements de travail, le télétravailleur doit en aviser immédiatement l'entreprise suivant les modalités fixées par celle-ci.

7.4. Protection de la vie privée

L'employeur doit respecter la vie privée du télétravailleur¹⁰⁰. De manière générale, même sur le lieu de travail ordinaire, les salariés ont un droit proportionné au respect de leur vie privée. Pour le télétravailleur, ce droit est renforcé du fait que lieu de travail et cadre de vie privée se confondent.

Ainsi, la Convention a encadré les inspections au domicile du salarié par les autorités (voir ci-après). De même, elle a aboli le droit de l'employeur d'accéder au lieu du télétravail¹⁰¹, bien que l'accord-cadre prévoie ce droit¹⁰², et ce afin de « limiter l'intrusion des entreprises dans la vie privée des salariés »¹⁰³.

Pour le surplus, les contacts entre employeur et salarié, se déroulement, principalement à travers les moyens de communication ; le respect de la vie privée, passe ainsi avant tout par le respect de la réglementation sur les données personnelles. Le droit à l'image peut également jouer un rôle, notamment au niveau des visioconférences, enregistrées ou non¹⁰⁴.

7.5. Protection des données

Dans le cadre du télétravail, les règles sur les données personnelles interviennent à un double titre : d'un côté, le salarié traite à distance les données de tiers (titre 7.5.1), et d'un autre côté le télétravailleur subit lui-même un traitement de données personnelles (titre 7.5.2).

7.5.1. Données personnelles des tiers

Nous avons vu que l'employeur a une obligation d'information, voire de formation, du télétravailleur en matière de réglementation sur la protection des données.

99. Sous réserve du recours que le salarié peut diriger contre son employeur.

100. Art. 6 de l'accord-cadre européen.

101. Clause 10 des conventions de 2006, 2011/2012 et 2016.

102. Selon la clause 8 de l'accord-cadre européen, afin de vérifier l'application correcte des dispositions applicables en matière de santé et de sécurité, l'employeur a accès au lieu du travail, dans les limites des législations et conventions collectives nationales. Il est dès lors prévu que ce droit peut être encadré, mais non qu'il puisse être entièrement abrogé. On peut toutefois argumenter que la suppression du droit de visite patronal est plus

favorable pour les salariés, de sorte que la Convention de 2020 ne se heurte pas au contrat-cadre européen. Le droit de visite avait certes pour seule finalité de garantir la sécurité du télétravailleur mais l'employeur a toujours la possibilité de demander aux autorités d'intervenir, puisqu'il ne peut plus le faire lui-même.

103. Avis du CES, *op. cit.*, p. 29.

104. Concernant la position officielle des autorités à ce sujet, voir la réponse à la question parlementaire n° 2322 ainsi que les lignes directrices concernant le droit à l'image élaborées par la CNPD.

La plupart des salariés en télétravail seront amenés à traiter à distance les données personnelles d'autrui. Le fait qu'il s'agisse de télétravail ne change rien au fait que l'employeur reste le responsable du traitement ; en effet, le télétravailleur est un salarié et non un sous-traitant indépendant. La Convention le rappelle en précisant à la clause 7 qu'il incombe à l'employeur de prendre les mesures qui s'imposent par la loi et par le règlement général de la protection des données de l'Union européenne, pour assurer la protection des données, y compris les données à caractère personnel, utilisées et traitées par le télétravailleur à des fins professionnelles.

7.5.2. Données personnelles du télétravailleur

Si pour tout salarié qui utilise un équipement informatique, de nombreuses questions relatives aux données personnelles se posent, ces interrogations sont cependant accentuées pour les télétravailleurs. Par exemple, la transmission à distance des données depuis un domicile privé requiert une attention particulière sur la sécurité des communications. Le recours à des visioconférences doit tenir compte du fait que l'image montrera le domicile privé du salarié. Enfin, l'employeur peut être tenté de mettre en place des mécanismes de surveillance accrus pour les salariés en télétravail, faute de pouvoir les contrôler physiquement.

Nous n'entrerons pas dans le détail des règles sur la protection des données que tout employeur, en tant que « responsable du traitement », doit observer, cette question dépassant le cadre de notre contribution. L'employeur est cependant bien conseillé d'impliquer son délégué à la protection des données lors de la mise en place du télétravail. Le télétravail devra naturellement trouver son entrée dans le registre des activités de traitement que tout entrepreneur doit tenir. Selon les cas, la mise en place du télétravail constituera un recours à de nouvelles technologies créant un risque élevé pour les droits et libertés des salariés, de sorte que l'employeur devrait réaliser une analyse d'impact avant sa mise en œuvre.

Si la CNPD a publié des recommandations concernant la gestion de la crise sanitaire et sur la cybersurveillance sur le lieu de travail, elle n'a pas encore pris position spécifiquement quant au télétravail.

Concernant les règles générales de surveillance des salariés à leur travail, le lecteur est notamment renvoyé à la contribution de Kim CASSONE et Astrid WAGNER parue dans la Revue pratique de droit social¹⁰⁵.

7.6. Durée de travail

Un des soucis de mise en pratique du télétravail consiste dans le contrôle de la durée de travail du salarié, contrôle qui doit nécessairement se faire à distance. Certaines études montrent que le télétravailleur risque de passer davantage de temps au travail qu'un salarié en entreprise. En outre, s'il jouit d'une certaine autonomie dans l'organisation de sa journée, il risque de décaler ses périodes de travail par rapport aux horaires classiques, par exemple en travaillant tôt le matin et tard le soir. Une telle organisation n'est pas seulement éprouvante, elle risque encore de ne pas se conformer aux règles sur le repos journalier et hebdomadaire obligatoire. Le STATEC observe ainsi que les télétravailleurs tendent à travailler plus en soirée et durant le week-end¹⁰⁶.

Face aux risques auxquels les salariés travaillant depuis chez eux sont exposés quant à leur temps de travail, il peut être étonnant que le Code du travail ne les protège guère. En effet, si le lieu de travail est fixé au domicile du salarié, il s'agit d'un travailleur à domicile, ce qui implique notamment que la législation protectrice en matière de durée de travail cesse de s'appliquer (art. L. 211-3 C. T). La législation luxembourgeoise laisse un vide pour des salariés à domicile, qui s'explique pour des raisons historiques.

Selon notre analyse, la Convention comble cependant ce vide en précisant d'un côté que les télétravailleurs jouissent de tous les droits reconnus par la législation sociale (préambule) et que l'organisation du temps de travail doit suivre les règles applicables au sein de l'entreprise (clause 10).

Pour éviter tout traitement défavorable, la charge de travail et les critères de résultat du télétravailleur doivent être équivalents à ceux des salariés comparables dans les locaux de l'entreprise.

À appliquer strictement ce texte, le télétravailleur doit dès lors suivre les mêmes horaires que ceux prévalant dans l'entreprise. Si celui-ci fonctionne sur base d'un horaire mobile ou d'un POT (plan d'organisation du travail), ces mécanismes sont à appliquer de manière invariable. Puisque les règles d'égalité de traitement des télétravailleurs sont en principe bidirectionnelles, on peut se demander si l'entreprise peut accorder aux télétravailleurs davantage de flexibilité horaire qu'aux autres travailleurs.

Il n'est pas possible de convenir d'une disponibilité permanente du télétravailleur. Si une telle disponibilité est

105. K. X. CASSONE, V. ROGER, A. WAGNER, « Surveillance des salariés en temps de crise », *RPDS*, Legitech, juillet 2020, n° 7, p. 3.

106. « Le télétravail, à consommer avec modération ? », *Regards*, n° 7/2020, STATEC.

exigée, par exemple sous forme de service d'astreinte, elle devra s'orienter selon les mêmes modalités que pour les salariés classiques. La répartition des astreintes devra se faire de manière équilibrée entre télétravailleurs et autres salariés.

Rappelons toutefois qu'un service d'astreinte n'est pas considéré comme durée de travail et que la loi n'exige pas d'indemnisation particulière. Néanmoins, sous peine de vider les règles relatives à la durée de travail de leur substance, et puisque le droit luxembourgeois ne permet pas de mettre en place un travail *on-demand* qui exigerait que le salarié soit disponible en permanence, les périodes d'astreinte doivent être limitées.

Comme pour tout salarié, l'employeur est obligé d'inscrire sur un registre spécial ou sur un fichier le début, la fin et la durée du travail journalier, ainsi que toutes les prolongations de la durée normale de travail, les heures prestées les dimanches et les jours fériés légaux ou la nuit (L. 211-29)¹⁰⁷. Pour les télétravailleurs, un mécanisme afférent doit dès lors être mis en place. Sous l'angle de la protection des données, la collecte de ces données personnelles se justifie du fait qu'il existe une obligation légale.

Selon la jurisprudence, il incombe à l'employeur de veiller au respect des règles sur la durée de travail, notamment la durée maximale journalière et hebdomadaire, ainsi que les pauses et repos journaliers et hebdomadaires. Sauf pour les cadres, pour lesquels le régime est moins strict, il incombe donc à l'employeur de vérifier que le télétravailleur respecte le cadre légal, et il ne saurait se décharger sur l'autonomie ou l'autoresponsabilité de ce dernier.

La Convention exige des parties de convenir des modalités réglant la prestation des **heures supplémentaires**. Celles-ci doivent s'aligner « dans la mesure du possible » sur les procédures internes à l'entreprise. Le caractère exceptionnel des heures supplémentaires doit être aussi strictement respecté pour les télétravailleurs que pour les autres salariés. Il s'agit ici d'un simple rappel que le Code du travail envisage les heures supplémentaires comme mesure exceptionnelle, règle qui n'est pas toujours respectée en pratique.

Pour le télétravail occasionnel, il n'y a pas d'accord entre parties dans lequel ces modalités pourraient être fixées d'un commun accord ; il y a lieu d'admettre que ce salarié, qui reste principalement un salarié classique, est tout

simplement soumis aux règles ordinaires applicables dans l'entreprise.

La Convention précise encore que toute disposition relative au **droit à la déconnexion** applicable à un travailleur classique s'applique aussi au télétravailleur. Puisque l'accord entre parties doit de toute manière fixer de manière limitative les heures et jours pendant lesquels le télétravailleur doit être joignable, il nous semble qu'il ait d'office un droit à la déconnexion pour toute autre période. Si des projets de réglementation du droit à la déconnexion sont annoncés et pourraient prochainement voir le jour, le Code du travail ne l'aborde pas pour l'instant, et peu de conventions collectives ne contiennent de clauses à ce sujet.

7.7. Sécurité et santé au travail

7.7.1. Régime de la sécurité au travail

Les règles générales en matière de sécurité et de santé au travail s'appliquent également aux télétravailleurs. En somme, l'employeur est tenu de garantir la sécurité du télétravailleur dans tous les aspects liés à son travail. Il en est de même probablement de l'ensemble des règles fixées par divers règlements grand-ducaux, dont l'exposé dépasserait le cadre de cette contribution. Ces textes ne distinguent en effet pas selon que le lieu de travail se situe dans l'entreprise, sur un chantier ou à domicile. Cette conclusion s'impose d'autant plus que la Convention impose l'égalité de traitement en matière de conditions de travail.

Ainsi par exemple, dans les entreprises artisanales et commerciales¹⁰⁸, chaque employé doit avoir un espace d'air d'au moins dix mètres cubes et la hauteur sous plafond doit être de deux mètres cinquante au moins. Les lieux doivent être ventilés et être tenus en parfait état de propreté et d'entretien. L'employeur doit assurer le chauffage et tenir à disposition de l'eau de bonne qualité. De manière générale, l'employeur est également responsable des mesures anti-incendie et d'évacuation. Une attention particulière mérite d'être portée sur les conditions de sécurité de l'installation électrique.

Le télétravail pose d'importantes difficultés à l'entreprise pour assurer la sécurité du télétravailleur, ce d'autant plus que la nouvelle Convention ne permet plus à l'employeur d'accéder aux lieux. La législation en matière de sécurité n'a cependant pas été modifiée, de sorte que le principe de base veut que la responsabilité pour l'aménagement

107. Cette obligation découle aussi de l'arrêt CJUE, C-55/18, CCOO, 14 mai 2019, ECLI:EU:C:2019:402, LexNow Référence/ID 20201105211.

108. Arrêté grand-ducal du 28 août 1924 concernant les prescriptions relatives à la santé et la sécurité du personnel occupé dans les entreprises industrielles et commerciales.

des lieux de travail et pour le respect des normes de sécurité repose sur l'employeur. Le Code oblige cependant également le salarié à respecter les consignes de sécurité qui lui sont données. Mais l'employeur ne peut pas, par une clause au contrat, se décharger de ses responsabilités.

L'employeur remplira son obligation tout d'abord au niveau du choix de l'équipement fourni au salarié. La surveillance du respect de la durée de travail maximale et des pauses et repos obligatoires est également un élément central en matière de sécurité et de santé au travail. Pour le surplus, l'employeur n'ayant pas d'accès au lieu du travail, la sécurité devra avant tout être assurée par une formation et information appropriée. Nous avons déjà relevé que l'employeur doit informer le télétravailleur de la politique de l'entreprise en matière de sécurité et de santé au travail (clause 9), comme il doit le faire pour tous les salariés. Nous conseillons aux entreprises d'élaborer un document détaillé à ce sujet, tenant compte de toutes les normes applicables, par exemple sur la position devant l'écran, les règles d'aménagement du local et du poste de travail de bureau, les principes d'ergonomie, les conditions d'éclairage et de ventilation, les éventuelles expositions aux bruits et à d'autres agents nocifs, le risque visuel induit par un travail continu sur écran d'ordinateur, les risques électriques, les risques de chute, les risques liés au port de charges, etc.

L'information doit aussi porter sur les risques psychologiques pour la santé mentale, notamment relatifs au surmenage, à la gestion du stress, aux conséquences de l'isolement, etc.

Même s'il s'agit d'un travail intellectuel de bureau, le télétravail comporte néanmoins des risques à ce point spécifiques qu'il est permis de se demander si une simple information est suffisante ; une formation semble s'imposer, surtout en cas de télétravail très régulier.

L'information doit être donnée de façon ciblée pour le poste de travail et de manière utile et concrète. Il ne suffit pas d'envoyer au télétravailleur un lien vers les textes légaux et réglementaires publiés au Mémorial.

Des sociétés spécialisées peuvent assister l'employeur dans la rédaction de documents adaptés et offrir des formations.

Le télétravailleur est obligé d'appliquer correctement ces politiques de sécurité et de santé au travail. Ici encore,

la Convention n'ajoute rien de substantiellement nouveau par rapport à l'obligation générale inscrite à l'article L. 313-1 (2), obligeant le salarié à appliquer les règles de sécurité conformément à la formation et aux instructions reçues de la part de l'employeur.

Enfin, le télétravailleur est autorisé à demander une **visite d'inspection** du service de santé au travail de l'entreprise, du délégué à la sécurité et à la santé de l'entreprise ou de l'inspection du travail et des mines. Après des tergiversations initiales¹⁰⁹, ces trois entités ont aujourd'hui un libre accès aux lieux de travail, en principe y compris lorsqu'il s'agit du domicile privé de l'employeur qui a des domestiques à ses services. Ont-ils pour autant le droit d'entrer au domicile privé du salarié ? Dans une affaire, un employeur avait vainement tenté de refuser l'accès au médecin du travail dans ses locaux en invoquant l'inviolabilité du domicile ; les juges n'ont pas manqué de rappeler que le siège d'une entreprise n'équivaut pas à un domicile privé et que l'accès des autorités ne viole pas la sphère privée de l'employeur¹¹⁰. Ce raisonnement est-il transposable au domicile du salarié, qui devient aussi temporairement un « lieu de travail » ?

Selon l'article L. 614-3 (1), l'ITM peut entrer à toute heure du jour et de la nuit dans les « chantiers, établissements et immeubles ainsi que leurs dépendances respectives » lorsqu'il existe des indices d'une violation des dispositions légales. Dès lors, les inspecteurs pourraient entrer au domicile du télétravailleur si une telle violation est suspectée. L'article L. 325-3 donne aux médecins du travail le libre accès à tous les lieux de travail pendant le temps qu'une activité professionnelle s'y exerce. Même si un accord national ne peut pas restreindre les pouvoirs légaux d'une autorité¹¹¹, puisqu'il s'agit d'une norme de rang inférieur, toujours est-il que cette disposition peut être vue comme une invitation à ces autorités d'agir avec délicatesse et, sauf cas particulier, n'entrer dans les locaux que sur demande ou avec l'accord du salarié.

7.7.2. Accident du travail

Sous l'angle de la Sécurité sociale, le télétravail pose les autorités devant la difficulté de décider s'il s'agit d'un accident du travail ou non en cas d'accident survenu au domicile. L'accident du travail est en effet celui « survenu à un assuré par le fait du travail ou à l'occasion de son travail » (Art. 92 CSS). Dans un arrêt de 1979¹¹², la Cour de cassation a retenu que « la brusque apparition, au temps

109. J.-L. PUTZ, *Aux origines du droit du travail luxembourgeois*, éd. Promoculture-Larcier, 2014, n° 155.

110. CSJ, 7 mars 2005, n° 115/05 VI, LexNow Référence/ID 20201202594.

111. Voir aussi l'article 8 de la Recommandation de l'OIT n° 184 sur le travail à domicile de 1996 qui recommande que les inspecteurs du travail ou les

autres fonctionnaires chargés de veiller à l'application des dispositions régissant le travail à domicile devraient être autorisés à pénétrer dans les parties du domicile ou d'un autre local privé où ce travail est effectué.

112. CSJ, cassation, 3 mai 1979, Pas. 24, 220.

et sur le lieu du travail, d'une lésion physique révélée par une douleur soudaine constituée, en elle-même, un accident du travail, à défaut de preuve, par l'Association d'assurance contre les accidents, qu'elle est imputable à une cause entièrement étrangère au travail ». Dans un arrêt de 1993, la Cour de cassation a rappelé le principe que : « Tout accident qui se produit par le fait ou à l'occasion du travail est présumé être un accident du travail, sauf à l'organisme de sécurité sociale de rapporter la preuve que l'atteinte est due à une cause étrangère à l'emploi assuré »¹¹³.

La jurisprudence a dégagé de ce principe une double présomption¹¹⁴ : (a) de causalité d'après laquelle doit être réputé survenu par le fait ou à l'occasion du travail tout accident survenu à l'heure et au lieu du travail ; (b) d'imputabilité d'après laquelle l'ensemble du dommage souffert par la victime est réputé être la conséquence exclusive de l'accident.

La présomption d'imputabilité est une présomption simple, qui peut être renversée par la preuve que la lésion a une origine étrangère au travail¹¹⁵. L'assurance accident n'a pas à établir la cause exacte de la lésion essuyée par l'assuré, mais il suffit qu'elle rapporte la preuve que cette lésion n'est pas et ne peut pas être en relation causale avec l'accident du travail allégué¹¹⁶.

En matière de télétravail à domicile, ces principes sont cependant difficiles à mettre en œuvre, puisque la vie privée et l'activité professionnelle s'exercent au même endroit.

L'association d'assurance accident précise sur son site Internet à propos du télétravail¹¹⁷ : « La couverture et l'indemnisation sont exactement les mêmes que pour un accident qui s'est produit sur le lieu du travail. Cependant le fait pour un télétravailleur de se couper avec un couteau en préparant le repas de midi n'est pas considéré comme accident du travail ».

Toutefois, l'AAA refuse toute indemnisation si le télétravail n'a pas été fixé selon les règles, donc jusqu'ici celles de la Convention de 2016. Elle met ainsi en place une présomption quasi irréfragable qu'en l'absence d'écrit, il n'y a pas pu y avoir eu de télétravail.

Sous la nouvelle convention, un avenant au contrat formel n'est certes plus exigé, mais l'autorisation de télétravailler devra également découler d'une confirmation unilatérale de l'employeur (télétravail occasionnel) ou d'un accord fixant le régime particulier de l'entreprise. L'exigence d'un document écrit officiel est dès lors maintenue, et il est probable que l'AAA continue à exiger une telle preuve par écrit¹¹⁸.

Ces problématiques de preuve illustrent l'utilité non seulement de se conformer à la Convention et de fixer par écrit le principe même du télétravail, mais également d'être assez précis dans ces documents quant aux horaires et aux lieux de télétravail admissibles.

Dans une affaire portée devant les juridictions sociales, un salarié avait déclaré un accident de travail en expliquant avoir été victime d'un infarctus du myocarde. Il aurait pris la route pour se rendre à des fins professionnelles dans un supermarché et à l'approche, il ne se serait pas senti très bien en raison d'une bronchite, de sorte qu'il aurait décidé de retourner à son domicile pour finir son travail administratif dans le cadre d'un télétravail autorisé par l'employeur. Dès son retour, il aurait repris son travail sur ordinateur portable et aurait senti des douleurs au bras et une brûlure à la poitrine, avant de faire appeler les secours. L'AAA avait rejeté la demande au motif que l'accident n'était pas survenu au temps et au lieu de travail. En première instance, le Conseil arbitral a déclaré la demande non fondée en retenant que la connexion occasionnelle au réseau de l'entreprise à partir du domicile ne constituait pas un télétravail au sens des dispositions de la convention de travail relative au régime juridique du télétravail et il a constaté qu'il n'existait aucun élément médical permettant d'établir que la lésion cardio-vasculaire était survenue le matin du 8 février 2014 lors du trajet assuré pour se rendre au travail. En appel, devant le Conseil supérieur de la Sécurité sociale¹¹⁹, il a pu être clarifié que le trajet vers le supermarché était de nature professionnelle puisqu'une réunion devait s'y organiser, réunion que le salarié avait annulée en raison des douleurs ressenties dans la voiture. Une expertise a été instituée pour déterminer si les douleurs matinales étaient en relation avec l'infarctus qui s'est produit dans l'après-midi.

113. CSJ, cassation, 21 avril 1993, 16/93, n° 1035 du registre : « Attendu que les juges du fond, en retenant que "les circonstances de l'événement en question ainsi que les documents du dossier ne permettent manifestement pas de retenir que le décès ait été en rapport avec un événement accidentel professionnel provoqué par l'influence violente et soudaine d'une cause extérieure portant atteinte à l'intégrité physique", pour déclarer ensuite non fondée la demande de Mme K., ont imposé à cette dernière la preuve du lien de causalité entre l'accident et le travail ; que ce faisant ils ont violé les dispositions des articles 92 et 101 du Code des assurances sociales, visées au moyen ; que leur décision doit être cassée ».

114. CSSS, 7 janvier 2011, G2009/0167, 2011/0008 ; C.S.S.S., 14 juillet 1993, L 58/93, 120/93.

115. Preuve non rapportée en l'espèce, C.S.S.S., 4 octobre 2006, GE 2006/0033, 2006/0168.

116. C.S.S.S., 25 avril 1985, G(E) 102/84.

117. Cette problématique a aussi été adressée dans l'avis du CES sur le télétravail, p. 24 et 25.

118. Même si ce n'est plus un avenant formel qui sera exigé, mais un écrit conforme aux exigences de la Convention ; voir le souhait des partenaires sociaux en ce sens, Avis du CES sur le télétravail, p. 31.

119. C.S.S.S., 14 décembre 2017, n° 2017/0362.

7.8. Intégration sociale

La Convention oblige l'employeur à assurer que des mesures soient prises pour prévenir l'isolement du télétravailleur par rapport aux autres travailleurs.

Parmi ces mesures, on peut énumérer :

- L'obligation de donner au télétravailleur la possibilité de rencontrer régulièrement ses collègues et en garantissant un accès (clause 10) ;
- L'obligation de garantir un accès aux informations de l'entreprise (clause 10) ; plus précisément, il doit recevoir au même rythme que les autres salariés de l'entreprise les informations courantes que l'employeur fait circuler dans l'entreprise (clause 6).

7.9. Résiliation du contrat

En matière de résiliation du contrat, que ce soit par licenciement, démission, d'un commun accord ou par l'effet de la loi, le télétravailleur n'est pas soumis à un régime différent des autres salariés. Rappelons toutefois que la Convention énonce une interdiction de licencier pour refus d'accepter le télétravail.

Pour les télétravailleurs à 100 %, on peut aussi se demander si la convocation à l'entretien préalable peut se faire en présentiel ou s'il faut proposer un entretien à distance. Au niveau de l'indemnisation d'un éventuel préjudice matériel, la question se pose si un télétravailleur abusivement licencié peut se contenter de chercher un nouvel emploi en télétravail ou s'il doit élargir sa démarche.

8. CONTRÔLE ET SANCTION DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION

L'efficacité de tout texte juridique ne dépend pas seulement des règles et principes qu'il énonce, mais également du contrôle et de la surveillance de son respect (titre 8.1) et des sanctions pouvant intervenir lorsqu'une défaillance est constatée (titre 8.2). La Convention est un texte qui met principalement à charge de l'employeur de nombreuses obligations. La question de son application

se concentre dès lors autour de la question suivante : qui surveille l'employeur et quelles sanctions encourt-il s'il ne respecte pas la Convention ? Il s'agit de questions trop souvent négligées par les rédacteurs de textes légaux ou par les parties négociant un accord collectif.

8.1. Contrôle et surveillance

• **Salarié en personne.** À la base, il incombe au télétravailleur lui-même de vérifier si les règles du droit du travail en général et sur le télétravail en particulier sont respectées à son égard. Si tel n'est pas le cas, il a la possibilité d'agir en justice et, si le manquement patronal est suffisamment grave, de démissionner pour faute et de réclamer des dommages-intérêts. Or, on le sait, ces possibilités d'action restent souvent théoriques et donc insuffisantes pour assurer le respect du droit, puisque le salarié subordonné n'ose pas réclamer ses droits en justice et que le contentieux du droit du travail est avant tout un contentieux de rupture.

L'analyse de la jurisprudence luxembourgeoise montre que le télétravail n'a quasiment pas donné lieu à des litiges devant les juridictions¹²⁰. On peut interpréter ce fait comme étant un succès, prouvant l'efficacité de la législation et l'absence de problèmes sur le terrain. On peut cependant également suspecter que c'est l'inefficacité des textes et des sanctions qui fait en sorte qu'il n'y a pas de recours.

Le télétravail aura également une incidence sur la compétence juridictionnelle¹²¹. Si le litige comporte un élément international, donc essentiellement si le salarié est frontalier, un Règlement européen dicte la compétence¹²². L'employeur doit, classiquement, agir au domicile du salarié-défendeur. Le salarié de son côté pourra cependant également agir « devant la juridiction du lieu où ou à partir duquel [il] accomplit habituellement son travail ». Si le télétravail est prédominant, le salarié peut donc attaquer son employeur à l'étranger, ce qui peut être une source de frais et désagréments pour l'employeur. Pour les litiges purement nationaux, donc impliquant des salariés résidents, la juridiction compétente est en principe celle du lieu de travail (art. 47 NCPC). Ici encore, si le télétravail est prédominant, il imposera la compétence territoriale.

120. Lors de l'analyse, l'auteur a observé que l'argument du télétravail a été avancé dans quelques dossiers de droit de la famille pour plaider en faveur de l'obtention du droit de garde des enfants. Dans un arrêt CSJ, 8 juin 2016, n° 42402, LexNow Référence/ID 20201202596, la Cour a cependant réfuté ce type d'argument : « Il y a lieu de confirmer la décision du premier juge sur le droit de visite et d'hébergement élargi. Cette décision est justifiée par le besoin de stabilité de l'enfant Z., bientôt âgée de huit ans, qui n'est pas habituée à une garde alternée ou à un régime de garde partagée qui s'en approche. L'argument de X. d'être autorisé à faire une bonne part de sa tâche professionnelle par télétravail n'est pas valable, étant donné que ce régime n'a pas pour objectif de permettre à un employé de s'occuper de sa progéniture à la maison pendant les heures de travail ».

121. Pour un litige sur la compétence territoriale dans lequel le télétravail était en discussion, voir TT, 5 mars 2019, n° 781/19, LexNow Référence/ID 20201202597. Dans une autre affaire, un salarié devait travailler deux jours par semaine en Suède et était pour le surplus libre de travailler du lieu de son choix (l'employeur affirmant cependant avoir pensé au domicile de Stockholm). Le salarié cherchait à agir au Luxembourg au motif qu'il s'y serait établi et y fournirait ses prestations en télétravail. L'action n'a pas abouti puisqu'il n'a pas réussi à démontrer des prestations effectives au Grand-Duché ; TT Lux., 28 janvier 2019, n° 315/2019, LexNow Référence/ID 20201202596.

122. Art. 20 et suivants du Règlement (UE) no 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Le fait que l'employeur ne puisse se défendre contre une action du salarié au lieu de son entreprise, mais devra se déplacer à Esch, Diekirch ou Luxembourg est cependant nettement moins contraignant que l'obligation de plaider à l'étranger.

- **La délégation du personnel.** La délégation du personnel peut intervenir à de nombreux égards, notamment pour prévenir et régler, dans un esprit de coopération, les différends, individuels ou collectifs pouvant surgir entre l'employeur et le personnel salarié et pour lui présenter toute réclamation, individuelle ou collective (L. 414-2 [2]). La délégation peut dès lors se faire le porte-parole d'un télétravailleur individuel ou du collectif des télétravailleurs.

Les problèmes d'égalité de traitement des télétravailleurs relèvent de la compétence de la délégation dans son ensemble et non du délégué à l'égalité en particulier, celui-ci n'étant compétent que pour les différences de traitement entre femmes et hommes. Par contre, le délégué à la sécurité est un interlocuteur important pour tous les problèmes liés aux conditions de sécurité du télétravail. Le délégué à la sécurité est autorisé à faire régulièrement des tournées de contrôle dans l'entreprise. La Convention précise que sur demande du télétravailleur, il peut également prendre inspection des lieux privés dans lequel le travail est exercé.

- **Les partenaires sociaux signataires.** Les partenaires sociaux signataires de la Convention, donc d'un côté l'UEL et d'un autre côté l'OGBL et le LCGB ne sont pas légalement garants du respect par leurs membres de l'accord qu'ils ont signé en leur nom. Néanmoins, en tant que signataires, ils ont une obligation de moyens d'appeler leurs membres à respecter la Convention. Le principe de bonne foi inhérent à tout accord pourrait ainsi obliger l'UEL à intervenir si un des employés qui en est indirectement membre devait manifestement violer l'accord qui a été trouvé.

Pour les syndicats, nous avons déjà évoqué l'éventuelle possibilité que la loi leur reconnaisse pour agir en justice en défense des droits des télétravailleurs découlant de la Convention. Une telle possibilité leur est reconnue explicitement en matière de conventions collectives (et de discrimination) ; la pratique judiciaire montre que les syndicats ne recourent jamais à ce droit d'action. Quant au droit de recourir à des actions collectives, voire au droit de grève pour forcer le respect des engagements patronaux

en matière de télétravail, il s'agit d'une problématique d'école dans le contexte luxembourgeois¹²³.

- **L'Inspection du travail et des mines.** L'inspection du travail est compétente de manière générale pour surveiller l'application du droit du travail, et en particulier les règles de sécurité et de santé au travail. Conformément à l'article L. 612-1, elle a pour mission de mettre fin aux situations en contradiction avec les dispositions « conventionnelles » en matière de travail et de sécurité et santé au travail, notion qui couvre les règles mises en place par la Convention de 2020.

La Convention envisage explicitement que l'ITM procède sur demande à une visite d'inspection. En cas de télétravail frontalier, des questions se posent toutefois sur la possibilité pour l'ITM d'intervenir sur les lieux ; elle devra le cas échéant faire appel aux règles de collaboration administrative internationale.

- **La Commission nationale pour la protection des données.** Il n'aura pas échappé au lecteur que le télétravail soulève un certain nombre d'interrogations en matière de protections des données. Il ne sera dès lors pas surpris d'apprendre que la CNPD pourra jouer un rôle important non seulement pour donner des consignes et des conseils, mais aussi pour contrôler et sanctionner le respect de la réglementation sur les données personnelles.

8.2. Sanctions

Rappelons de manière très générale que deux types de conséquences peuvent être encourues en cas de violation d'une règle obligatoire :

- Des conséquences de nature civile, telle la nullité d'un acte ou le droit à des dommages-intérêts ;
- Des sanctions d'autorité, classiquement des sanctions pénales (amende ou emprisonnement), et de plus en plus fréquemment des sanctions administratives (amendes administratives, retrait d'agrément, etc.).

La Convention elle-même reste muette sur les sanctions encourues. Il faut donc recourir au droit commun. Notre analyse permet de conclure que les différents aspects de la Convention sont sanctionnés de manière très hétéroclite :

- **L'égalité de traitement** (non-discrimination). Sur le plan civil, la sanction classique d'une règle discrimina-

123. Il est de principe que l'existence d'un accord collectif implique une obligation de trêve ; cet obstacle à l'exercice du droit de grève disparaît toutefois si l'autre partie ne respecte pas ses engagements. Après un passage par la procédure de conciliation, des actions collectives pourraient dès lors en théorie être menées.

toire ou violant le principe d'égalité de traitement est la nullité de la clause. Or, une simple nullité ne procure pas toujours satisfaction. Nous proposons dès lors de considérer que la sanction consiste dans le fait que la personne défavorisée peut prétendre aux avantages dont bénéficie son collègue de travail qui se trouve dans une situation plus favorable. Le télétravailleur pourrait donc par exemple exiger la rémunération plus élevée que perçoivent les salariés en entreprise qui occupent des postes similaires, ou revendiquer l'accès aux mêmes formations. En pratique, les règles d'égalité de traitement sont difficiles à faire valoir en justice en raison des obstacles de preuve ; très peu d'actions aboutissent.

Sur le plan pénal, l'article 454 du Code pénal qui incrimine certaines formes de discrimination, notamment dans le cadre de l'emploi, n'a pas vocation à s'appliquer puisque le critère du « télétravail » n'y est pas énuméré. Le traitement défavorable et injustifié de télétravailleurs n'est dès lors pas pénalement répréhensible.

- **Le licenciement.** La Convention instaure une protection contre le licenciement notamment pour le cas où un salarié refuserait une proposition de télétravail. Si l'employeur devait malgré tout invoquer un tel refus pour licencier, ce licenciement ne serait pas annulable, faute de texte qui le précise explicitement. La sanction de droit commun en matière de licenciement s'applique, de sorte qu'il sera déclaré abusif : le contrat restera rompu, mais le salarié peut prétendre à des dommages-intérêts.
- **Les mentions obligatoires au contrat.** Aucune sanction concrète n'est prévue pour le cas où les parties omettraient de mettre à jour leurs relations contractuelles par écrit, conformément aux exigences de la Convention. Comme nous l'avons signalé, l'AAA risque de ne pas reconnaître un accident survenu à domicile.
- **Protection des données.** La réglementation européenne permet à la CNPD d'imposer des amendes administratives, pouvant atteindre 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise¹²⁴.

Si ces sanctions peuvent paraître très élevées, on peut cependant s'interroger – au regard des développements afférents faits par Élisabeth GUISSART – comment la CNPD compte les mettre en pratique¹²⁵. Actuellement, la violation des règles sur les données personnelles ne constitue plus une infraction pénale, mais la réintroduction d'un volet pénal est en discussion. Des sanctions pénales sont cependant inscrites dans une loi de

1982 sur la vie privée¹²⁶, qui n'a jamais été modifiée depuis et qui semble désuète à de nombreux égards. Par exemple, des peines d'amende et d'emprisonnement sont encourues en filmant une personne dans un lieu non accessible au public sans son consentement.

Sur le plan civil, on peut admettre que le télétravailleur peut prétendre à une indemnisation forfaitaire de son préjudice moral s'il a été victime d'un traitement injustifié de ses données personnelles.

- **Attributions de la délégation.** L'article L. 417-5 incrimine comme « délit d'entrave » toute entrave apportée au fonctionnement régulier de la délégation. Par conséquent, toute omission d'informer et de consulter la délégation constitue une infraction. Il en est de même pour tout non-respect des compétences de codécision. La société fautive encourt une amende de 500 à 30.000 euros¹²⁷. Les dirigeants de la société, ainsi que toute autre personne qui était en charge des relations sociales (tel le directeur des ressources humaines) peuvent également faire l'objet de poursuites et sont ainsi exposés à une amende de 251 à 15.000 euros. Ces sanctions sont par exemple encourues si l'employeur change le régime du télétravail sans respecter les compétences consultatives ou de codécision de la délégation.

Sur le plan civil, la distinction suivante s'impose à notre sens : la violation d'une compétence consultative ne rend pas la décision patronale nulle, ni probablement inopposable aux salariés. Si l'employeur met en place un télétravail, cette décision est valable même s'il n'a pas consulté la délégation en temps utile. En cas de violation d'une attribution de codécision par contre, la décision n'est à notre avis pas valablement prise et reste inopposable aux salariés. Dans une entreprise atteignant le seuil de 150 salariés, l'employeur ne pourrait par exemple reprocher à un télétravailleur de ne pas avoir respecté le régime interne du télétravail si ce régime n'a pas obtenu l'accord de la délégation.

- **Sécurité et santé au travail.** Le non-respect des règles de sécurité expose le salarié à un risque, mais ne crée pas encore de dommage. Tant que le dommage n'est pas réalisé, l'employeur n'encourt sur le plan civil aucune responsabilité, faute de préjudice indemnisable. Si le télétravailleur est victime d'un d'accident du travail ou d'une maladie professionnelle, la responsabilité civile de l'employeur est également limitée. En effet, du fait que le patronat finance l'AAA et que celle-ci intervient pour couvrir la majorité du

124. Art. 83 du Règlement UE 2016/679.

125. Voir les critiques soulevées par E. GUISSART, « Le risqué pénal du banquier en matière de protection des données personnelles », in : *Le risqué pénal du banquier*, Anthemis/ALJB, 2020.

126. Loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée.

127. Art. 36 du Code pénal.

préjudice subi par le salarié, ce dernier ne peut pas agir judiciairement en dommages-intérêts contre l'employeur (Art. 135 CSS). Ce principe ne subit d'exception que si l'employeur est pénalement condamné pour avoir provoqué intentionnellement l'accident ou la maladie.

Sur le plan pénal, le simple fait de créer un risque en ne se conformant pas aux règles de sécurité et de santé générales sur le lieu de travail est sanctionné par une amende de 251 à 25.000 euros et/ou un emprisonnement de 8 jours à six mois. Il est moins certain si cette amende est encourue en cas de violation des règles spécifiques pour télétravailleurs, telles qu'énoncées dans la Convention¹²⁸, ce qui ne devrait cependant pas avoir d'impact majeur en pratique¹²⁹. Si l'accident du travail s'est produit ou la maladie professionnelle s'est déclenchée en raison d'une omission patronale de veiller aux règles de sécurité, il encourt les peines plus sévères prévues par le Code pénal pour coups et blessures involontaires, voire homicide involontaire.

Le salarié qui ne respecte pas les consignes de sécurité qui lui ont été données encourt également une amende de 251 à 3.000 euros.

Sur le plan administratif, l'Inspection du travail peut prononcer des injonctions et des amendes.

- **Durée de travail.** Nous avons relevé qu'il incombe à l'employeur de veiller au strict respect des limites imposées par le Code à la durée de travail journalier et hebdomadaire. En cas de violation de ces règles, ou encore si l'employeur ne tient pas de registre de la durée de travail du télétravailleur, il encourt en principe une amende 251 à 15.000 euros (personnes physiques), respectivement 500 à 30.000 euros (personnes morales) (L. 211-36).

Sur le plan civil, la jurisprudence considère que l'omission de tenir un registre ne porte pas à conséquence et

ne vaut notamment pas preuve que le salarié a presté des heures supplémentaires. Il incombera au télétravailleur d'établir qu'il a presté d'éventuelles heures supplémentaires, de l'accord de son employeur.

- **Intégration sociale.** Aucune sanction spécifique n'est prévue en cas de violation par l'employeur de ses obligations relatives à l'intégration sociale des télétravailleurs. Tout au plus, des dommages-intérêts pourraient être dus, à charge toutefois pour le télétravailleur de démontrer la réalité de son préjudice.

CONCLUSION

Il faut accueillir favorablement l'initiative prise par les partenaires sociaux de moderniser et de préciser le régime du télétravail, même si la Convention ne résout pas tous les problèmes pratiques. Il faudra voir après le choc produit par la pandémie sur l'économie et sur l'organisation du travail, et lorsque la situation sera redevenue normale, si le télétravail se maintient dans les entreprises ou s'il retombe à son niveau d'avant-crise.

Le droit du travail est par nature un droit qui manque de cohérence, puisqu'il est le résultat de compromis trouvés à des époques différentes et le fruit de l'histoire sociale d'un pays. Néanmoins, il nous semblerait souhaitable d'œuvrer à l'avenir vers une convergence des règles applicables en matière de formes de travail atypiques (travail précaire, temps partiel, travail de nuit, télétravail, etc.). En effet, ces modes d'organisation du travail ont des points communs qui mériteraient une réglementation uniforme, par exemple en ce qui concerne la limitation de leur utilisation, les formalités à respecter, le droit de changer vers un poste « classique », les principes d'égalité et de non-discrimination, les compétences de la délégation, etc. Pourtant, chacune est à l'heure actuelle soumise à son propre régime. ■

128. Le texte ne vise que les infractions aux dispositions du Code du travail et des règlements et arrêtés pris en leur exécution, mais non les règles contenues dans des accords entre partenaires sociaux, fussent-ils d'obligation générale.

129. La Convention ne reprend que des principes généraux qui sont applicables à tous les salariés, inscrits dans le Code du travail et dans ses règlements d'exécution.