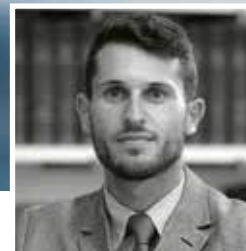




APERÇU DE LA NOUVELLE CONVENTION DU 20 OCTOBRE 2020 RELATIVE AU RÉGIME JURIDIQUE DU TÉLÉTRAVAIL



Alexis Spitz
Avocat chez
Brucher Thieltgen & Partners

Le 20 octobre 2020, l'Union des Entreprises Luxembourgeoises (UEL) et les syndicats OGBL et LCGB ont signé une nouvelle convention relative au régime juridique du télétravail au Luxembourg¹ (ci-après la « Nouvelle Convention »).

Cette Nouvelle Convention a été adoptée à la suite et sur base de l'avis du Conseil Économique et Social concernant « Le télétravail au Luxembourg » du 11 septembre 2020² (ci-après l'« **Avis du Conseil Économique et Social** »). La Nouvelle Convention entrera en vigueur après avoir été déclarée d'obligation générale par voie de règlement grand-ducal prévu à cet effet.

Le télétravail était, jusqu'alors, régi par la convention signée par

les mêmes partenaires sociaux en date du 21 février 2006³ (ci-après la « **Convention de 2006** ») se fondant sur l'accord cadre-européen sur le télétravail du 11 juillet 2002. Reconduite à deux reprises en 2011 puis en 2015, la Convention de 2006 avait été déclarée d'obligation générale le 15 mars 2016 par voie de règlement grand-ducal⁴.

Jugée obsolète et peu adaptée aux nouveaux moyens de communication, la Convention de 2006 devait, en tout état de cause, être



– ORGANISATION –

modifiée pour mieux correspondre aux réalités du terrain.

La crise sanitaire du covid-19 est incontestablement le marqueur de la montée en puissance du recours au télétravail. « D'exception, le télétravail est devenu la règle pour un grand nombre de personnes et a permis ainsi de sauver l'économie nationale d'un effondrement plus marqué encore »⁵.

Une enquête *ad hoc* menée par le Statec a révélé que 69 % des personnes actives se sont retrouvées, du jour au lendemain, en télétravail à compter du 16 mars 2020. La mise en œuvre d'un avenant au contrat de travail par l'employeur pour chacun des salariés placés en télétravail de manière subite paraissait difficile à mettre en œuvre conformément à l'article 4 de la Convention de 2006.

Toutefois, même si la crise sanitaire actuelle a servi de moteur dans le recours au télétravail à distance et à l'accélération de la prise de mesures visant à moderniser la Convention de 2006, l'Avis du Conseil Économique et Social sur base duquel les partenaires sociaux ont adopté la Nouvelle Convention précise que l'objectif principal n'est pas de créer des mesures d'urgence destinées à faire face à la situation très exceptionnelle de la crise du covid-19, mais au contraire de s'appliquer à une « situation normalisée »⁶. Il est

donc important de garder à l'esprit que la Nouvelle Convention n'a pas pour objet de prendre des mesures d'urgence dans le cadre de l'actuelle crise sanitaire, mais bien de prévoir un régime juridique applicable au télétravail plus souple et plus pratique pour l'avenir.

La Nouvelle Convention redéfinit les contours du champ d'application du télétravail. En effet, alors que l'ancienne Convention de 2006 était applicable à tous les salariés visés par le Code du travail, à l'exclusion de ceux qui ont un statut de droit public ou assimilé, la Nouvelle Convention rajoute, quant à elle, un certain nombre d'exclusions supplémentaires.

En effet, le point 2. de la Nouvelle Convention prévoit qu'« il y a lieu d'exclure du champ d'application de la présente convention : le détachement à l'étranger ; le secteur du transport au sens large (hors administration) ; les représentants de commerce ; les *co-working spaces*, dans le sens où le télétravail est presté dans un bureau satellite de l'entreprise ; le *smart-working*, dans le sens d'interventions ponctuelles par smartphone ou ordinateur portable hors du lieu de travail ou lieu de travail usuel ; toutes les prestations fournies à l'extérieur de l'entreprise à la clientèle »⁷.

Aussi, la Nouvelle Convention adopte une nouvelle définition du télétravail en faisant la distinction

entre le télétravail « occasionnel » et le télétravail « régulier ». Il est important pour chaque employeur de définir exactement quel type de télétravail exerce son salarié, et ce alors que les règles applicables diffèrent selon que ce dernier se trouve dans l'une ou l'autre des deux situations de télétravail, notamment en matière d'obligation de mise à disposition d'équipements de travail par l'employeur.

Le télétravail sera considéré comme « occasionnel » lorsqu'il est effectué par le salarié pour faire face à des événements imprévus ou lorsque le télétravail représente moins de dix pour cent en moyenne du temps de travail normal annuel. La Nouvelle Convention ne précise toutefois pas ce qu'on doit entendre par « événements impré-

-
1. Convention relative au régime juridique du télétravail signée en date du 20 octobre 2020 par l'Union des Entreprises Luxembourgeoises (UEL) et les syndicats OGBL et LCGB.
 2. Avis concernant « Le télétravail au Luxembourg » rendu par le Conseil Économique et Social en date du 11 septembre 2020.
 3. Convention relative au régime juridique du télétravail signée en date du 21 février 2006 par l'Union des Entreprises Luxembourgeoises (UEL) et les syndicats OGBL et LCGB.
 4. 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 OGBL et LCGB, d'autre part.
 5. Avis du Conseil Économique et Social, p. 12.
 6. Avis du Conseil Économique et Social, p. 26.
 7. Nouvelle Convention, point « 2. Champ d'application ».



vus ». Il appartiendra à la doctrine et à la jurisprudence d'en préciser le sens et la portée.

Dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque le télétravail représente plus de dix pour cent en moyenne du temps de travail normal annuel et en situation « normale », le télétravail est considéré comme « régulier ». À toutes fins utiles, la Nouvelle Convention précise que la période de référence permettant à l'employeur ou au salarié de faire ce calcul est l'année de calendrier.⁸

La Convention de 2006 ne prévoyait, quant à elle, que l'hypothèse du télétravail « effectué de façon habituelle », privant ainsi le télétravailleur « occasionnel » d'un certain nombre de protections. Toutefois, le régime juridique applicable au télétravailleur « occasionnel » sera abordé ultérieurement pour insister sur le fait que, malgré sa prise en considération par la Nouvelle Convention, le télétravailleur « occasionnel » ne bénéficie pas d'une protection aussi importante que le télétravailleur « régulier », ce qui semble contestable sur un certain nombre de points.

Incontestablement, la Nouvelle Convention innove en supprimant purement et simplement le formalisme excessif prévu par la Convention de 2006 pour recourir au télétravail. En effet, les partenaires sociaux ont souhaité favoriser le recours au télétravail, et notamment en cette période de crise sanitaire, en supprimant l'obligation pour les parties au contrat de travail de recourir à un avenant au contrat. Le salarié et l'employeur peuvent désormais, d'un commun

accord, convenir de recourir au télétravail par un simple écrit (il peut s'agir d'un SMS, d'un courrier électronique, etc.). Toutefois, un certain nombre de mentions obligatoires doivent y être mentionnées pour le télétravailleur « régulier ».⁹

La Nouvelle Convention renforce également certains droits fondamentaux du télétravailleur, notamment celui du respect de sa vie privée. En effet, l'employeur ou les autorités luxembourgeoises ne disposent plus du droit de se rendre au domicile privé du télétravailleur pour y vérifier le respect des règles relatives à la sécurité et à la santé au travail, contrairement à ce que prévoyait la Convention de 2006¹⁰. La Nouvelle Convention fait également état d'un « droit à la déconnexion » tel que reconnu en 2019 par la jurisprudence luxembourgeoise à tous les salariés¹¹.

Aussi, le principe du consensualisme est maintenu par la Nouvelle Convention. Le recours au télétravail supposera un accord bilatéral entre l'employeur et le salarié et ne pourra être imposé par aucune des parties au contrat de travail. La Nouvelle Convention insiste sur le fait que 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 ni la justification du recours à la procédure de modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur tel que prévu par l'article L. 121-7 du Code du travail. Il ne s'agit par conséquent « ni d'un droit, ni d'une obligation au télétravail »¹². Le consensualisme vaut également pour le retour vers la formule classique du travail dans les locaux de l'entre-

prise. Il est toutefois légitime de penser que la crise sanitaire du covid-19 a, d'une certaine façon, contraint l'une ou l'autre des parties à accepter de recourir au télétravail.

Il est indéniable que la Nouvelle Convention innove sur certains points par rapport à la Convention de 2006. Toutefois, la Nouvelle Convention est semée d'incertitudes et ne répond pas à toutes les problématiques actuelles du marché du travail. Il est légitime de s'interroger, sans pour autant dénigrer le travail réalisé par les partenaires sociaux, sur le fait de savoir si cette Nouvelle Convention a été adoptée dans l'urgence et de façon précipitée, sans avoir au préalable analysé toutes les problématiques du télétravail.

Par ailleurs, cette Nouvelle Convention soulève d'autres problématiques dépassant largement les compétences des partenaires sociaux, et tout particulièrement la question de la fiscalité applicable aux revenus des télétravailleurs ainsi que l'incidence du télétravail sur le régime de sécurité sociale. La majeure partie des salariés luxembourgeois sont frontaliers et sont amenés à télétravailler depuis leur domicile en Belgique, en France ou encore en Allemagne. En principe, les salariés résidant en dehors

8. Nouvelle Convention, point « 1. Définition du télétravail ».

9. Nouvelle Convention, point « 5. Accord entre le salarié et l'employeur » et Avis du Conseil Économique et Social, p. 28.

10. Avis du Conseil Économique et Social, p. 29.

11. Cour d'appel, 2 mai 2019, n° 45230 du rôle.

12. Avis du Conseil Économique et Social, p. 27.



du Grand-duché de Luxembourg restent affiliés au régime de sécurité sociale luxembourgeois dès lors qu'ils n'effectuent pas plus de 25 % de leur temps de travail dans leur pays de résidence. Au-delà de ce seuil, le salarié devrait normalement se voir affilier à la sécurité sociale de son pays de résidence.¹³

Même si des conventions fiscales bilatérales destinées à éviter la double imposition ont été conclues entre le Grand-duché de Luxembourg et les pays frontaliers, il est souhaitable que les autorités luxembourgeoises et les autorités des pays frontaliers concernés

se mettent d'accord pour revoir à la hausse l'ensemble de ces seuils afin de favoriser le recours au télétravail des frontaliers pour l'avenir.

L'objectif du présent article n'est pas de reprendre point par point les nouvelles dispositions de la Nouvelle Convention, mais d'insister sur les éléments qui semblent essentiels. Il est également important de garder à l'esprit que de nombreuses dispositions de la Convention de 2006 ont été reprises textuellement par la Nouvelle Convention, notamment en matière de formation, de droits collectifs, etc. Ces dernières dis-

positions ne feront, dès lors, pas l'objet de développements dans le présent article.

Il y a lieu d'analyser les apports de la Nouvelle Convention (I) mais aussi ses lacunes (II).

13. Avis du Conseil Économique et Social, p. 36.



I. LES APPORTS DE LA NOUVELLE CONVENTION

La Nouvelle Convention innove en supprimant purement et simplement la nécessité d'un avenant au contrat de travail pour recourir au télétravail (A). Elle vise également à renforcer certains droits fondamentaux du télétravailleur, notamment le respect de sa vie privée (B).

A_ La suppression de la nécessité d'un avenant au contrat de travail pour recourir au télétravail

La Nouvelle Convention supprime l'obligation d'établir un avenant au contrat de travail initial pour recourir au télétravail.

Auparavant, la Convention de 2006 imposait aux parties de men-

tionner obligatoirement, soit dans le contrat de travail initial, soit dans un avenant ultérieur, toute une série de mentions devant y figurer pour recourir au télétravail. En effet, l'employeur devait faire mention d'une description précise de la fonction du télétravailleur, du travail et des tâches à accomplir par le télétravailleur et, le cas échéant, les objectifs à atteindre, la classification du télétravailleur, le département de l'entreprise auquel appartenait le télétravailleur, ses responsables hiérarchiques, ses personnes de contact, la description exacte de l'outil de travail du télétravailleur mis à disposition par l'employeur, les informations relatives aux assurances contractées par l'employeur pour garantir la disparition ou l'endommagement

du matériel mis à la disposition du télétravailleur, etc.¹⁴. Un tel formalisme paraissait inadapté et beaucoup trop lourd à mettre en œuvre par les parties au contrat de travail, ce qui pouvait constituer source de découragement pour la mise en place du télétravail.

À la suite de la crise sanitaire du covid-19 et des mesures gouvernementales relatives au confinement généralisé, les employeurs se sont retrouvés matériellement dans l'impossibilité de répondre à un tel formalisme et ont eu recours au télétravail sans passer par aucun

14. J.L. Putz, *Comprendre et appliquer le droit du travail*, Larcier, 4^e éd., p. 110.



Toutefois, la Nouvelle Convention distingue l'écrit devant être passé avec le télétravailleur « occasionnel » de celui qui doit être passé avec le télétravailleur « régulier » pour le passage au télétravail

avenant. Par conséquent, et de fait, des milliers de télétravailleurs se trouvaient, en quelque sorte, dans une situation « illégale ».

Pour faire face à cette carence et afin d'encourager le recours au télétravail, les partenaires sociaux ont décidé de rendre la forme des accords plus libre et d'exiger simplement un « écrit » entre l'employeur et le télétravailleur. Ainsi, le recours au télétravail, peut désormais s'opérer d'un commun accord soit par SMS, soit par mail, soit par courrier ou toute autre forme écrite constituant une preuve de l'accord entre les parties au contrat de travail.

Toutefois, la Nouvelle Convention distingue l'écrit devant être passé avec le télétravailleur « occasionnel » de celui qui doit être passé avec le télétravailleur « régulier » pour le passage au télétravail.

Pour le télétravailleur « régulier », la Nouvelle Convention prévoit toute une série de mentions obligatoires qui doivent être définies d'un commun accord entre l'employeur et le salarié et devant figurer dans l'écrit susmentionné. Il s'agit du lieu de télétravail ou des modalités pour déterminer ce lieu, les heures et les jours de la semaine pendant lesquels le télétravailleur fait du télétravail et doit être joignable

par l'employeur ou les modalités pour déterminer ces périodes, les modalités de compensation éventuelle en matière d'avantage en nature en matière d'égalité de traitement, le forfait mensuel pour la prise en charge des coûts de connexion et de communication relatifs aux équipements de travail et les modalités du passage ou du retour vers la formule classique de travail.¹⁵

Ces mentions obligatoires, nettement allégées par rapport aux mentions imposées par la Convention de 2006, s'expliquent par le fait que le télétravailleur « régulier » passe un temps relativement important à travailler hors des locaux de l'entreprise. Par conséquent, il paraît normal que l'employeur et le salarié conviennent, d'un commun accord, du lieu à partir duquel le télétravail va s'effectuer ou encore des jours et des horaires de travail du télétravailleur et pendant lesquels ce dernier sera joignable par l'employeur.

L'employeur et le télétravailleur « régulier » doivent encore, d'un commun accord, et lorsqu'ils décident que les coûts engendrés par le télétravail seront payés par l'employeur sous la forme d'un montant forfaitaire, fixer ce forfait mensuel relatif à la prise en charge de ces coûts. La Nouvelle

Convention laisse aux parties l'entière liberté de fixer ce montant et ne précise aucunement sur quels éléments il y a lieu de se fonder pour fixer ce taux. Il aurait été préférable que la Nouvelle Convention précise les modalités de calcul de ce forfait pour qu'à minima, aucun frais de télécommunication lié au télétravail ne soit laissé à la charge du salarié.

Cette disposition est propre au télétravailleur « régulier », et ce alors que le télétravailleur « occasionnel » se voit privé du droit de mise à disposition d'équipement de télétravail respectivement du remboursement des coûts de connexion internet et de communication par l'employeur. Ce point sera développé ultérieurement.

Pour le télétravailleur « occasionnel », l'employeur doit simplement établir un « écrit », sans aucune mention obligatoire. L'objectif des partenaires sociaux était, très probablement, d'alléger la procédure pour le salarié ayant recours au télétravail en cas d'événements imprévus ou lorsque le télétravail représente moins de dix pour cent en moyenne du temps de travail normal annuel. Toutefois, le télétravailleur « occasionnel » se trouve, par conséquent, privé de certaines garanties dont bénéficie le télétravailleur « régulier ».

¹⁵. Nouvelle Convention, point « 5. Accord entre le salarié et l'employeur ».



Le télétravailleur devra, en contrepartie, appliquer « correctement ces politiques de sécurité et santé au travail »

La Nouvelle Convention simplifie également la procédure du passage au télétravail en supprimant la période d'adaptation telle que prévue par la Convention de 2006. Le passage ou le retour vers la formule de travail classique se fait, quant à lui, d'un commun accord entre le télétravailleur et l'employeur. En revanche, la Nouvelle Convention prévoit que pour le télétravailleur « régulier », les modalités du passage ou du retour vers la formule de travail classique doivent être convenues d'un commun accord avec l'employeur et par écrit, au moment où le salarié commence à télétravailler.¹⁶

Pour résumer, la Nouvelle Convention a le mérite d'avoir allégé la procédure de recours au télétravail, jugée trop formaliste et trop lourde à mettre en œuvre. Cette nouveauté aura certainement pour conséquence d'inciter les salariés à télétravailler et à l'employeur de perdre moins de temps à préparer des avenants au contrat de travail. Ceci va dans le bon sens. Toutefois, l'absence de mention obligatoire dans l'écrit destiné au télétravailleur « occasionnel » est contestable dans la mesure où elle n'assure pas les mêmes droits que ceux octroyés au télétravailleur « régulier ».

B_ Le renforcement du droit au respect de la vie privée du télétravailleur et la référence au « droit à la déconnexion du télétravailleur »

S'agissant du respect de la vie privée du télétravailleur, la Nouvelle Convention apparaît plus protectrice que la Convention de 2006.

En effet, la Convention de 2006 prévoyait que l'employeur, le délégué à la sécurité ou les autorités luxembourgeoises compétentes pouvaient, pour s'assurer du respect des règles relatives à la santé et à la sécurité, avoir accès au lieu de télétravail du télétravailleur.¹⁷

La Convention de 2006 prévoyait encore : « Avant que le télétravail s'exerce à domicile, l'employeur s'assure de la conformité des installations électriques et des lieux de travail ». ¹⁸

L'employeur était, dès lors, autorisé à pénétrer au domicile du salarié ayant opté pour le télétravail afin d'y effectuer un certain nombre de vérifications relatives au respect des règles afférentes à la sécurité et à la santé au travail, mais aussi afin de vérifier la conformité des équipements mis à disposition du salarié. Il s'agissait ni plus ni moins d'une intrusion dans la vie privée du salarié.

Il appartenait aux partenaires sociaux d'arrêter un texte ayant pour

objet de concilier deux impératifs fondamentaux du salarié ayant opté pour la formule de télétravail : la préservation de la sécurité et de la santé du salarié et la préservation de la vie privée de ce dernier. La conciliation de ces deux impératifs n'est pas toujours chose facile dans la mesure où l'employeur n'a pas réellement la possibilité de contrôler si les règles relatives à la santé et à la sécurité sont bien respectées par le salarié sur son lieu de télétravail et si celui-ci se trouve dans de bonnes conditions pour réaliser son télétravail.

La Nouvelle Convention a pourtant tranché en faveur d'une protection accrue de la vie privée du salarié. En effet, la Nouvelle Convention a purement et simplement supprimé les passages de la Convention de 2006 permettant à l'employeur ou aux autorités luxembourgeoises compétentes de se rendre au domicile du salarié. Au lieu de cela, l'employeur est simplement tenu d'« informer le télétravailleur de la politique de l'entreprise en matière de sécurité et de santé au travail ».

Le télétravailleur devra, en contrepartie, appliquer « correctement ces politiques de sécurité et santé au travail »¹⁹. Il est important de noter que, malgré la suppression par la Nouvelle Convention de la possibilité pour l'employeur de se rendre au domicile du salarié, le télétravailleur conserve toutefois

¹⁶. Nouvelle Convention, point «13. Passage ou retour vers la formule de travail classique».

¹⁷. Convention de 2006, point «12. Santé et sécurité».

¹⁸. Convention de 2006, point «11. Équipements de travail».

¹⁹. Nouvelle Convention, point «9. Santé et sécurité».

le droit de 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.

On aurait pu penser que la suppression de cette visite domiciliaire par l'employeur ou par les autorités luxembourgeoises compétentes pour s'assurer du respect des règles en matière de sécurité et de santé sur le lieu de travail était défavorable au salarié. Toutefois, il n'en est rien alors que le salarié est totalement en droit de demander une visite d'inspection 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. Une telle visite doit être demandée à l'initiative du salarié et non plus de l'employeur. Le télétravailleur « régulier » peut, en outre, demander un service approprié d'appui technique, c'est-à-dire la visite d'un technicien en cas de difficultés liées aux équipements fournis par l'employeur pour la réalisation du télétravail.

S'agissant du « droit à la déconnexion », la Nouvelle Convention y fait référence. Ce droit avait été consacré par un arrêt de la Cour d'appel du 2 mai 2019 qui avait

admis que le salarié pouvait refuser de répondre à l'employeur pendant ses congés, sans que cela puisse être considéré comme un motif valable de licenciement. En effet, la Cour d'appel avait consacré ce principe en se fondant sur deux impératifs fondamentaux : le principe de loyauté et le principe du respect de la sécurité et de la santé du salarié.²⁰

Ainsi, la Nouvelle Convention ne consacre pas un « droit à la déconnexion » pour le télétravailleur mais se borne à reprendre un droit préexistant déjà applicable à tous les salariés, reconnu par la jurisprudence. Toutefois, elle a le mérite d'y faire référence, ce qui se justifie par le fait que la Nouvelle Convention prévoit, en son préambule, que « les salariés ne doivent subir aucune discrimination en raison de leur statut de télétravailleur », c'est-à-dire que le télétravailleur doit bénéficier des mêmes droits que les salariés travaillant dans les locaux de l'entreprise.

Ce « droit à la déconnexion » est d'autant plus important pour le télétravailleur qui, nous le savons, aura tendance à travailler différemment à son domicile par rapport au travail réalisé en entreprise, avec parfois des horaires

« décalées » et une surcharge de travail plus importante. Il est nécessaire de tracer des limites et de préciser les jours et les heures pendant lesquels le salarié sera joignable et à la disposition de l'employeur.

Prenons un exemple très simple : dans le cadre d'un dossier urgent, l'employeur peut être tenté de joindre le salarié à des horaires qui ne correspondent pas à celles applicables dans les locaux de l'entreprise. C'est précisément pour éviter ce genre d'abus que la Nouvelle Convention fait mention à ce « droit à la déconnexion » préexistant, le tout afin d'apporter au salarié une meilleure protection.

La Nouvelle Convention a le mérite de renforcer non seulement le respect à la vie privée du salarié ayant opté pour le télétravail, mais insiste aussi sur la nécessité pour le télétravailleur de jouir pleinement de son « droit à la déconnexion ». Pour autant, le nouveau texte présente un certain nombre de lacunes qu'il convient d'analyser (II).

²⁰. Cour d'appel, 2 mai 2019, n° 45230 du rôle.

**Prenons un exemple très simple :
dans le cadre d'un dossier urgent, l'employeur peut être tenté
de joindre le salarié à des horaires qui ne correspondent pas à celles
applicables dans les locaux de l'entreprise**



Pourquoi les frais engendrés par le télétravail « occasionnel » devraient-ils peser sur le salarié ? Sous quel motif ?

II. LES LACUNES DE LA NOUVELLE CONVENTION

La Nouvelle Convention réserve un sort peu favorable du télétravailleur occasionnel (A) et, sur certains aspects, la protection du télétravailleur se trouve amoindrie (B).

A_ Le régime peu favorable du télétravailleur « occasionnel »

Alors que la Nouvelle Convention applicable au télétravail proclame, dès son préambule, que le télétravailleur ne doit subir aucune discrimination par rapport au travailleur présent dans les locaux de l'entreprise, et alors qu'elle prévoit expressément que « les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations prévues par la législation et les conventions collectives applicables que les travailleurs comparables dans les locaux de l'entreprise »²¹, le nouveau texte créé lui-même un déséquilibre entre le télétravailleur « occasionnel » et le télétravailleur « régulier ».

En effet, l'Avis du Conseil Économique et Social précisait déjà que le télétravailleur « occasionnel » ne se trouve pas dans la même situation que le « télétravailleur régulier ».²²

Aux termes de cet avis, « le principe selon lequel c'est l'employeur qui

fournit le matériel de travail n'est pas remis en cause. Mais l'inclusion, dans le champ d'application de la convention, du télétravail purement occasionnel ou même spontané a soulevé la question d'une application réaliste de ce principe. C'est aussi cette question que les partenaires sociaux ont eu à cœur en définissant et en distinguant le télétravail « régulier » et le télétravail « occasionnel ». À titre d'exemple, et pour illustrer les difficultés à réglementer correctement cette obligation, on peut citer la mise à disposition d'un ordinateur par l'employeur. Alors que ceci semble tout à fait évident en cas de télétravail régulier, il est tout de même imaginable que certains types de télétravail ne requièrent pas cet instrument. Pareillement, le champ d'application de la convention permettrait à un salarié de rester spontanément chez lui à cause, par exemple, d'intempéries, et on ne voit pas comment ni pourquoi un employeur fournirait alors un ordinateur au domicile du salarié pour ce télétravail occasionnel ».²³

À ce titre, le Conseil Économique et Social a proposé de laisser à la pratique du terrain le soin de définir au cas par cas les équipements techniques « nécessaires » pour faire réaliser du télétravail.

Plusieurs précisions s'imposent.

Tout d'abord, la Nouvelle Convention indique expressément que l'obligation de mise à disposition des équipements nécessaires à la réalisation du télétravail ou la prise en charge par l'employeur des coûts directement engendrés par le télétravail ne bénéficie qu'au télétravailleur « régulier ». Par conséquent, le télétravailleur « occasionnel » qui effectue du télétravail représentant moins de dix pour cent en moyenne du temps de travail normal annuel ou en cas d'évènement imprévu n'aura ni droit à des équipements lui permettant d'exercer son télétravail (par exemple, un simple ordinateur portable et une connexion internet mis à disposition par l'employeur), ni droit à la prise en charge par l'employeur des coûts liés au télétravail (coûts de télécommunication, internet, etc.).

Rien ne semble justifier que le télétravailleur « occasionnel » ne puisse pas bénéficier d'un équipement mis à disposition par l'employeur pour réaliser correctement et dans de bonnes conditions son télétravail.

21. Nouvelle Convention, point « 6. Égalité de traitement ».

22. Avis du Conseil Économique et Social, p. 30.

23. Avis du Conseil Économique et Social, p. 29.

Il est possible d'admettre le fait qu'un télétravailleur «régulier» passera plus de temps à son domicile à télétravailler qu'un télétravailleur «occasionnel» et que son télétravail «régulier» engendrera des frais plus importants que s'il télétravaillait seulement de façon occasionnelle. Mais en soi, des frais engendrés par le télétravail vont peser sur chacune des deux catégories de télétravailleurs «occasionnels» et «réguliers» (si minimes soient-ils). Il semble anormal de laisser ces frais peser sur le porte-monnaie du seul travailleur «occasionnel» et de favoriser le télétravailleur «régulier».

La Nouvelle Convention crée un déséquilibre entre ces deux catégories de télétravailleurs, sans qu'il n'existe réellement de justification objective. Le Conseil Économique et Social, pour justifier ce traitement différent, prend l'exemple du salarié qui est bloqué chez lui lors d'intempéries. Pourquoi les frais engendrés par le télétravail «occasionnel» devraient-ils peser sur le salarié ? Sous quel motif ?

Il semble que la Nouvelle Convention aurait dû traiter de la même manière le télétravailleur «occasionnel» et le télétravailleur «régulier», ne serait-ce que pour

favoriser un principe d'égalité, notamment sur le plan financier.

Sur ce point, la Nouvelle Convention semble s'en remettre à la pratique du terrain pour définir les équipements nécessaires à la réalisation du télétravail. Il y a lieu d'espérer que les entreprises seront favorables à la fourniture du matériel nécessaire à la réalisation d'un télétravail «occasionnel» et que, de leur propre initiative, ces entreprises prendront en charge les coûts directement liés au télétravail.

Par ailleurs, la Nouvelle Convention ne prévoit pas, pour le télétra-





vaillieur « occasionnel », l'obligation pour l'employeur de faire figurer dans l'écrit relatif au recours au télétravail, les mentions obligatoires telles que précitées au point I.A). Rien ne justifie, une fois de plus, que le télétravailleur « occasionnel » soit traité de façon différente que le télétravailleur « régulier ».

Le télétravailleur « occasionnel » devrait être en droit de voir mentionner sur son écrit les heures et les jours de la semaine pendant lesquels il devra effectuer du télétravail, et au cours desquels il doit être joignable par l'employeur, ne serait-ce que pour éviter que l'employeur le contacte à des heures tardives et pour bénéficier d'une véritable protection au même titre que le télétravailleur « régulier ».

Enfin, s'agissant du passage ou retour vers la formule de travail classique, il y a lieu de constater que la Nouvelle Convention impose aux parties, dans le cadre du télétravail « régulier », de convenir d'un commun accord des modalités du passage ou retour à la formule de travail classique. Une fois de plus, le télétravailleur « régulier » se voit octroyer une garantie supplémentaire par rapport au télétravailleur « occasionnel », qui lui, n'aura pas la possibilité de donner son consen-

tement quant aux modalités de la procédure susmentionnée.

Pour résumer, la Nouvelle Convention crée un traitement différent selon que le télétravailleur est « occasionnel » ou « régulier ». Or, un tel traitement est non seulement injustifié mais est également contraire à l'ensemble des principes édictés par la même convention comme les principes d'égalité et de non-discrimination.

B_ Sur certains aspects, la protection du télétravailleur amoindrie

Plusieurs points contestables méritent d'être soulevés pour faire état des nouvelles dispositions de la Nouvelle Convention, parfois peu protectrices des droits des salariés ayant opté pour le télétravail.

Le premier point concerne la suppression du rôle consultatif de la délégation du personnel en matière de télétravail. La Convention de 2006 prévoyait une véritable obligation de consultation de la représentation du personnel concernant l'introduction du télétravail et des éventuelles modifications qui lui seraient apportées. L'information portait également sur le nombre de télétravailleurs et son évolution.²⁴

La Nouvelle Convention prévoit, quant à elle, une simple obligation d'information de la délégation du personnel sur le nombre de télétravailleurs et son évolution au sein de l'entreprise. Ainsi, elle supprime purement et simplement le rôle consultatif de la délégation du personnel en matière de télétravail, ce qui paraît contestable dans la mesure où la délégation du personnel est l'organe le mieux placé au sein de l'entreprise pour représenter les intérêts des salariés et, le cas échéant, formuler des avis consultatifs sur des points importants comme le télétravail.

Le rôle consultatif de la délégation du personnel est fort heureusement maintenu s'agissant de l'instauration d'un régime spécifique facultatif de télétravail adapté à la situation particulière de l'entreprise ou du secteur.

Sur ce point, il y a lieu de constater que la Nouvelle Convention consacre expressément la possibilité pour les entreprises de définir un régime spécifique de télétravail adapté à la situation particulière de l'entreprise ou du secteur.

²⁴. Convention de 2006, point « 6. Obligation de consultation de la représentation du personnel ».

Plusieurs points contestables méritent d'être soulevés pour faire état des nouvelles dispositions de la Nouvelle Convention, parfois peu protectrices des droits des salariés ayant opté pour le télétravail

La Nouvelle convention pose le principe selon lequel le télétravailleur est soumis aux mêmes conditions de travail que les travailleurs présents dans les locaux de l'entreprise

Une telle possibilité peut présenter des avantages lorsque la situation de l'entreprise est spécifique et qu'il convient d'adapter certaines mesures liées au télétravail. Toutefois, il est important que le régime de télétravail spécifique respecte au maximum les droits des salariés, notamment les horaires de travail et le « droit à la déconnexion ».

Le deuxième point concerne l'exclusion de toute une catégorie de personnes dans le champ d'application de la Nouvelle Convention. Alors que la Convention de 2006 excluait de son champ d'application les travailleurs ayant un statut de droit public ou assimilé, la Nouvelle Convention va plus loin que la précédente puisqu'elle exclut également de son champ d'application le détachement à l'étranger, le secteur du transport au sens large (hors administration), les représentants de commerce, les *co-working spaces*, dans le sens où le télétravail est presté dans un bureau satellite de l'entreprise, le *smart-working*, dans le sens d'interventions ponctuelles par smartphone ou ordinateur portable hors du lieu de travail ou lieu de travail usuel ainsi que toutes les prestations fournies à l'extérieur de l'entreprise à la clientèle.²⁵

Ceci est regrettable dans la mesure où la Nouvelle Convention est plus restrictive que la Convention de 2006.

Le troisième et dernier point concerne l'organisation du télétravail. La Nouvelle Convention prévoit expressément que « l'organisation du temps de travail suit les règles applicables au sein de l'entreprise. La charge de travail et les critères de résultat du télétravailleur sont équivalents à ceux des télétravailleurs comparables dans les locaux de l'employeur ». La Nouvelle Convention précise également que « les parties doivent convenir des modalités réglant la prestation des heures supplémentaires qui s'alignent dans la mesure du possible sur les procédures internes à l'entreprise. L'employeur veillera à ce que le caractère exceptionnel des heures supplémentaires soit aussi strictement respecté pour les télétravailleurs ».²⁶

À la simple lecture de ce paragraphe, un point soulève notre attention : la Nouvelle convention pose le principe selon lequel le télétravailleur est soumis aux mêmes conditions de travail que les travailleurs présents dans les locaux de l'entreprise. En revanche, s'agissant des heures supplémentaires du télétravailleur, la fixation des modalités y relatives doit s'aligner dans la mesure du possible²⁷ aux procédures internes de l'entreprise. L'expression « dans la mesure du possible » pose problème : il signifie que, dans le cadre

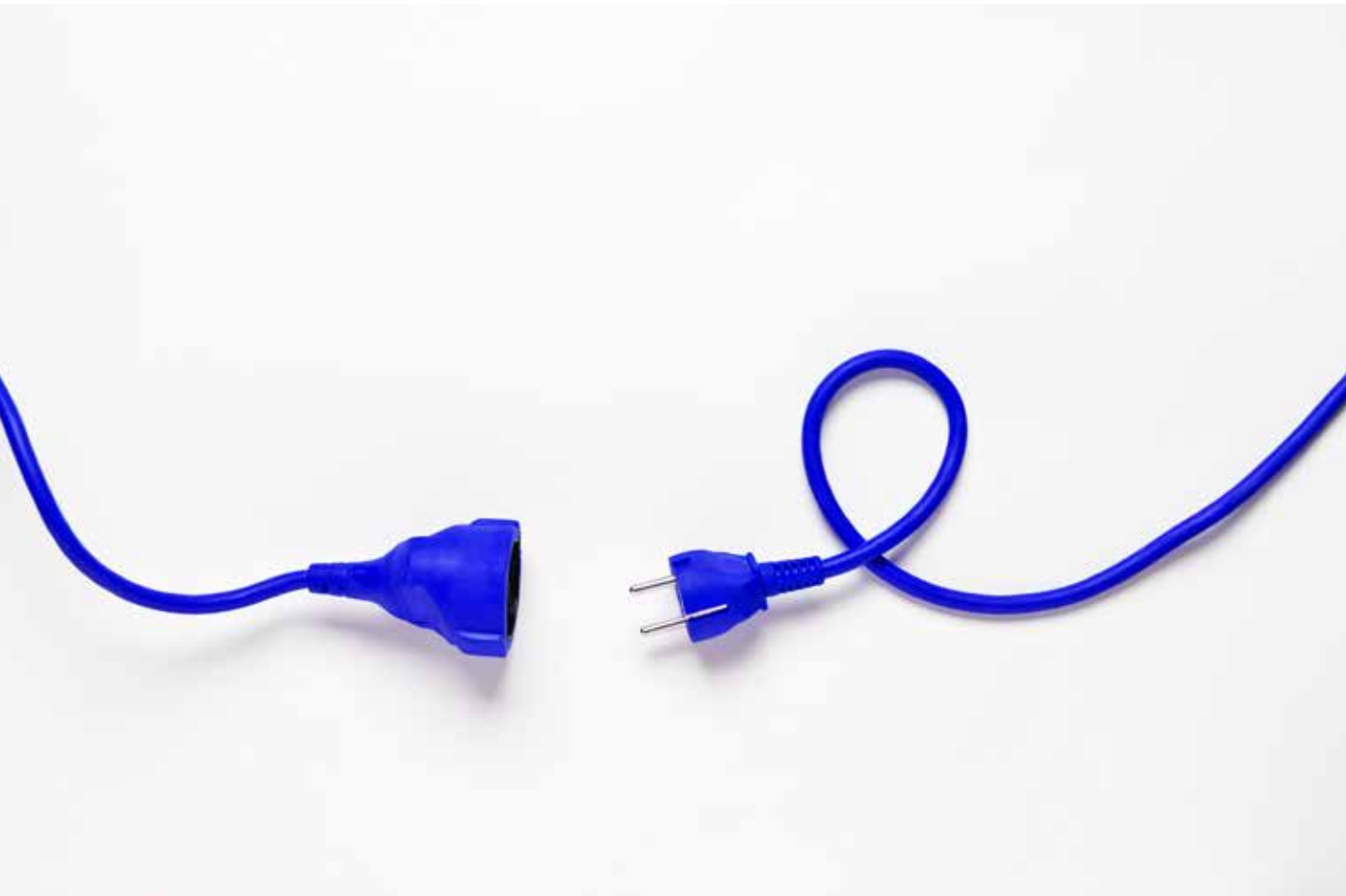
du télétravail, des agencements spécifiques peuvent être établis. Cette possibilité est incertaine dans la mesure où le télétravailleur pourra se voir imposer, de fait, une procédure relative à la prestation des heures supplémentaires différente de la procédure existante au sein de l'entreprise. Ceci peut ouvrir la voie à de nombreux abus de la part de certains employeurs et, par conséquent, fragiliser les droits du télétravailleur. Il aurait été préférable que la Nouvelle Convention supprime purement et simplement la mention « dans la mesure du possible » afin que la procédure relative aux heures supplémentaires applicable aux travailleurs présents dans les locaux de l'entreprise soit strictement la même que celle applicable aux télétravailleurs, sans aucune dérogation possible. Une fois de plus, la Nouvelle Convention crée un déséquilibre entre le télétravailleur et le travailleur présent dans les locaux de l'entreprise.

Enfin, concernant les mentions obligatoires devant figurer dans l'écrit pour le recours au télétravail « régulier », la Nouvelle Convention

²⁵. Nouvelle Convention, point « 2. Champ d'application ».

²⁶. Nouvelle Convention, point « 10. Organisation du travail ».

²⁷. Nous soulignons.



a supprimé un passage relativement important de la Convention de 2006. En effet, la Convention de 2006 prévoyait que l'écrit servant de base au télétravail devait mentionner « les heures et les jours de la semaine pendant lesquels le télétravailleur doit être joignable par l'employeur, celles-ci ne pouvant pas excéder/dépasser l'horaire normal de travail d'un travailleur comparable de l'entreprise ». La Nouvelle Convention a repris ce passage tout en supprimant la deuxième partie selon laquelle « celles-ci ne pouvant pas excéder/dépasser l'horaire normal de travail d'un travailleur comparable de l'entreprise ». Une telle suppression est largement contestable alors que la rédaction initiale garantissait une protection supplémentaire du télétravailleur en

matière de temps de travail. Il y a lieu de penser qu'une telle mention a été supprimée pour laisser place à la référence du « droit à la déconnexion ».

Pour conclure, la Nouvelle Convention présente assurément de nombreux avantages pour le télétravailleur mais est incertaine sous de nombreux aspects. D'un côté, les nouvelles dispositions se veulent protectrices de la vie privée du salarié et mettent fin au formalisme excessif pour recourir au télétravail. D'un autre côté, la Nouvelle Convention présente de nombreuses incertitudes et semble avoir été adoptée dans l'urgence afin de faire face à une crise sanitaire sans précédent. La Nouvelle Convention crée un déséquilibre entre le télétravailleur

« occasionnel » et le télétravailleur « régulier » et, sur certains points, va même jusqu'à supprimer des garanties prévues par la Convention de 2006. S'agissant des carences de la Nouvelle Convention, il est souhaitable que les employeurs, de leur propre initiative et d'un commun accord avec le télétravailleur, trouvent des solutions avantageuses pour ce dernier et appliquent au maximum les mêmes procédures que celles applicables dans les locaux de l'entreprise, et ce alors que le télétravail ne cessera de se généraliser à l'avenir. ▬