




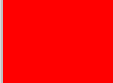
Le télétravail des travailleurs frontaliers: obstacles et recommandations

Série de questions juridiques sur le télétravail des collaborateurs résidant à l'étranger dans une région frontalière avec la Suisse (travailleurs frontaliers).

Remarque préliminaire: Les explications qui suivent présentent en résumé diverses questions d'ordre juridique. Cette présentation ne prétend pas être exhaustive et ne vise qu'à donner un aperçu général aux services des RH à des fins pratiques. Elle ne remplace pas l'évaluation juridique approfondie au cas par cas.

1 Synthèse

- Le télétravail des travailleurs frontaliers est possible sans problème dans une mesure limitée.
- Cependant, il ne faut pas perdre de vue certaines questions d'ordre juridique qui peuvent avoir des conséquences non négligeables pour les employé-e-s et les employeurs (p. ex. le régime obligatoire de sécurité sociale et l'assujettissement à l'impôt à l'étranger, l'application du droit du travail étranger).
- Le tableau ci-dessous est un récapitulatif qui peut servir d'orientation:

Part de télétravail	Évaluation	Mesures
0% (Interdiction)	 «Aucun problème»	Aucune mesure nécessaire
20% maximum	 «Aucun problème, mais attention!»	Contrôle des jours de télétravail, dispositions et instructions particulières nécessaires
40% maximum	 «Problématique, uniquement si impérativement nécessaire»	Dispositions indispensables sur le régime de sécurité sociale, clarifications approfondies indispensables en matière fiscale au cas par cas
Plus de 40%	 «Très problématique, uniquement dans certains cas particuliers»	Examen complet indispensable au cas par cas

2 For

La compétence judiciaire pour les litiges liés aux rapports de travail dans le contexte international des travailleurs frontaliers en Suisse est régie par la «Convention de Lugano» (CL)¹. La convention établit une distinction entre les actions ouvertes par l'employé-e et les actions ouvertes par l'employeur.

2.1 Actions ouvertes par l'employé-e

Le travailleur frontalier doit en principe porter sa requête devant le tribunal du siège de son employeur en Suisse, sauf s'il travaille principalement dans un autre État (p. ex. en télétravail).

L'employé-e peut intenter une action dans l'État dans lequel l'employeur a son siège ou dans l'État dans lequel il/elle exerce habituellement son activité. Ce qu'il faut entendre par «habituellement» a été précisé dans la doctrine et la jurisprudence. La Cour de justice de l'UE considère que l'activité est «habituellement» exécutée dans l'État dans lequel elle est exercée «pour une part substantielle».

On présume que la part du télétravail doit représenter plus de 50% pour pouvoir dire que l'activité est exécutée «pour une part substantielle» en télétravail et justifier le for au lieu de résidence à l'étranger. La doctrine estime que la part exécutée en télétravail doit dépasser 60%.

Recommandation d'Employeurs Banques:

- Autoriser le télétravail jusqu'à 50% maximum pour les travailleurs frontaliers afin d'éviter qu'en cas d'action ouverte par l'employé-e, le for soit situé à l'étranger²

2.2 Actions ouvertes par l'employeur

L'employeur doit en principe porter sa requête à l'encontre de l'employé-e devant les tribunaux du lieu de résidence à l'étranger, ce qui peut entraîner des procédures compliquées.

L'employeur ne peut poursuivre l'employé-e en justice que dans son État de résidence. Le cas de la demande reconventionnelle est une exception: si l'employé-e porte sa requête à l'encontre de l'employeur devant le tribunal du siège de l'employeur en Suisse, la demande reconventionnelle peut aussi être introduite en Suisse (dans le cadre de la même procédure). Par ailleurs, il est licite de convenir du for (exclusif) au siège de l'employeur en Suisse si le litige est déjà né³. Cela devrait souvent être dans l'intérêt des deux parties puisque les procès à l'étranger sont très compliqués pour toutes les parties concernées.

L'employeur peut aussi ouvrir une action à l'encontre de l'employé-e en Suisse et espérer que celui-ci l'accepte. Cette acceptation tacite de compétence est licite.

¹ La Suisse et ses cinq pays voisins sont parties à la Convention de Lugano.

² Voir toutefois la recommandation de 20% maximum de télétravail en ce qui concerne les assurances sociales.

³ En revanche, si une clause attributive de compétence est conclue avant la naissance du litige, il n'est pas possible d'exclure le for obligatoire au lieu de résidence de l'employé-e en cas d'action ouverte par l'employeur.

Recommandation d'Employeurs Banques:

- Lors de la naissance d'un litige relevant du droit du travail, convenir du for au siège de l'employeur en Suisse et/ou introduire la requête auprès de ce tribunal.

3 Droit applicable

3.1 Droit privé du travail

Une part élevée de télétravail exécutée à l'étranger peut entraîner l'application du droit du travail étranger - par conséquent, toujours convenir que le droit suisse est applicable.

Dans le cas d'une procédure devant un tribunal suisse, le droit applicable pour les contrats de travail présentant un caractère international est déterminé conformément à l'art. 121 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Le contrat de travail est donc soumis au droit de l'État dans lequel l'employé-e exécute habituellement son activité.

Il n'existe pas actuellement de définition exacte du terme «habituellement». Il est évident que le contrat est soumis au droit étranger lorsque l'employé-e travaille exclusivement en télétravail et qu'aucun choix de la loi applicable n'a été formulé. Si, comme peut-être dans le cas du télétravail en alternance, aucun lieu de travail habituel ne peut être déterminé, le droit du lieu où est située la succursale, subsidiairement le droit du siège de l'employeur est applicable.

Les parties au contrat peuvent choisir d'un commun accord le droit applicable (soit celui du lieu de résidence de l'employé-e, soit celui du siège de l'employeur).

Si la question du droit applicable se pose en cas de compétence judiciaire étrangère, elle est tranchée conformément au droit de l'UE⁴ dans les pays frontaliers avec la Suisse. En premier lieu, ce sera le droit choisi dans le contrat. Si aucun choix n'a été fait, le droit du lieu d'exécution habituel de l'activité s'applique. S'il n'est pas déterminable, le droit du lieu où est située la succursale qui a embauché l'employé est applicable.

Si l'employeur est soumis à la Convention relative aux conditions de travail du personnel bancaire (CPB), celle-ci fait partie intégrante du contrat de travail, même en cas de compétence judiciaire étrangère.

Recommandation d'Employeurs Banques:

- Convenir de l'applicabilité exclusive du droit suisse dans les contrats de travail.

⁴ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

3.2 Droit public du travail

La loi suisse sur le travail ne s'applique pas au télétravail exécuté à l'étranger, qui relève en revanche, dans certaines circonstances, du droit public sur la protection du travail en vigueur dans l'État de résidence.

Les indications ci-dessus relatives au droit applicable concernent le droit privé du contrat de travail. Le droit public sur la protection du travail est, par contre, soumis au principe de territorialité. Ainsi, la loi suisse sur le travail (LTr) ne s'applique en principe pas, tant que l'activité est exercée en télétravail hors de Suisse. De ce fait, certaines dispositions sur le travail du dimanche, le travail de nuit, la durée de travail maximale, la saisie du temps de travail, etc. ne sont pas applicables.

Les collaborateurs en télétravail dans un État étranger sont toutefois soumis au droit public du travail de l'État de résidence si celui-ci repose aussi sur le principe de territorialité, ce qui est le cas en règle générale. Il convient de noter que le droit étranger sur la protection du travail contient parfois des normes obligatoires qui dépassent le niveau de protection de la législation suisse sur le travail.

Recommandation d'Employeurs Banques:

- Même si la loi suisse sur le travail n'est pas applicable, les employé-e-s en télétravail à l'étranger doivent être astreints à respecter les prescriptions en vigueur en Suisse et il faut leur faire prendre conscience du fait que des dispositions plus strictes, le cas échéant, sont applicables dans leur pays.

4 Protection des données

Le traitement de données personnelles dans le cadre du télétravail à l'étranger peut être considéré comme une transmission de données à l'étranger et entrer dans le champ d'application du Règlement général sur la protection des données de l'UE. Le respect des mesures de sécurité également en vigueur pour le télétravail en Suisse prend donc une importance toute particulière pour le télétravail à l'étranger.

Si un collaborateur en télétravail à l'étranger a accès à des données personnelles stockées en Suisse au sens de la loi sur la protection des données (LPD), on peut considérer qu'il s'agit d'une transmission de données à l'étranger⁵. Le fait que les données soient réellement traitées n'a pas d'importance dans ce cas. Dans ce cas, les dispositions et exigences particulières de l'art. 6 LPD sont applicables. L'employeur doit s'assurer en particulier que la législation du pays de destination garantit un niveau approprié de protection des données. Tous les pays voisins de la Suisse répondent à cette exigence et figurent sur la liste intitulée «État de la protection des données dans le monde» du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT).

En outre, le télétravail des travailleurs frontaliers peut également conduire à l'application du Règlement général sur la protection des données (RGPD) européen si l'employeur surveille et établit un journal de l'utilisation des systèmes informatiques. Une telle «observation des comportements» est considérée comme point de référence pour l'application du RGPD. La situation juridique n'a d'ailleurs pas été clarifiée de

⁵ Différentes opinions s'expriment en ce qui concerne l'utilisation de VPN (Virtual Private Network), quant à savoir s'il s'agit d'une transmission de données à l'étranger ou d'un traitement de données en Suisse. La question est sans importance pour le télétravail dans les pays limitrophes de la Suisse car ils assurent un niveau de protection des données adapté selon le PFPDT.

manière définitive.

La limitation recommandée du télétravail des travailleurs frontaliers à un jour par semaine pour des raisons d'assurance sociale devrait cependant réduire le risque d'entrer involontairement dans le champ d'application du RGPD en raison d'une observation des comportements.

Il faut enfin tenir compte du fait que les données personnelles traitées par les collaborateurs des banques sont régulièrement des données relevant du champ de protection du secret professionnel du banquier. Même si le secret professionnel du banquier n'est en principe pas valable à l'étranger en raison du principe de territorialité, l'employeur en Suisse doit s'assurer que les collaborateurs en télétravail à l'étranger n'utilisent pas de données en violation du secret professionnel du banquier.

Recommandation d'Employeurs Banques:

- Information particulière et sensibilisation des travailleurs frontaliers en télétravail aux mesures de protection et de sécurité en vigueur (comme pour le télétravail en Suisse), telles que:
 - protection contre les accès non autorisés (pièce verrouillée, Clear-Desk-Policy, protection par mot de passe pour le matériel et l'accès aux serveurs, etc.)
 - protection afin de ne pas être écouté et vu par des tiers non autorisés (pas de communication téléphonique ni de visioconférence en ayant les portes ou les fenêtres ouvertes)
 - utilisation de canaux de communication protégés, p. ex. en employant des «Tunnels» comme le VPN (Virtual Private Network)
 - pas de mélange entre infrastructure privée et professionnelle
 - pas de sauvegarde de données sur l'infrastructure locale/privée
 - pas d'utilisation de supports de données externes tels que les clés USB
 - accès crypté au réseau wi-fi domestique

5 Assurances sociales

Si les travailleurs frontaliers exécutent 25% (ou plus) de leur temps de travail en télétravail à l'étranger, l'assujettissement au régime de sécurité sociale de l'État de résidence est justifié.

En ce qui concerne les relations entre la Suisse et l'UE, l'accord de libre circulation régit la coordination des systèmes de sécurité sociale en renvoyant au droit de l'UE correspondant⁶. C'est le lieu d'exercice de l'activité professionnelle qui est en principe déterminant pour la détermination du régime de sécurité sociale (principe de l'État de dernier emploi).

Si un travailleur frontalier commence à travailler en télétravail, il fait partie des personnes qui exercent «habituellement leurs activités dans deux ou plusieurs États membres». Les prescriptions de l'État de résidence en matière de sécurité sociale sont applicables dès qu'une «part substantielle» de l'activité est exercée dans ce pays⁷. Un élément particulier de cette disposition est qu'à partir de 25% du taux d'occupation, le télétravail représente déjà une part substantielle de l'activité. Cela implique en principe que le travailleur frontalier qui exerce 25% (ou plus) de son activité à la maison est assujéti au système de sécurité sociale de son pays de résidence.

⁶ Règlements n° 883/2004 et 987/2009.

⁷ Art. 13 al. 1 du Règlement n° 883/2004.

Il en résulte que l'employeur doit s'enregistrer auprès de l'organisme étranger de sécurité sociale et qu'il est alors tenu de prélever et verser des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions correspondantes. Certes, l'employeur et l'employé-e peuvent convenir que l'employé-e se charge de la procédure administrative auprès de l'organisme étranger, mais cela ne change rien au fait que l'employeur est responsable du paiement des cotisations.

Dans le contexte de la pandémie de Covid-19, la règle sur le régime des assurances sociales a été temporairement modifiée ou abrogée. Le travailleur frontalier est considéré comme travaillant en Suisse même lorsqu'il n'est pas en mesure d'exercer son activité physiquement en Suisse. Ce régime dérogatoire a été prorogé jusqu'au 30.06.2021 pour l'Allemagne, la France, l'Italie, l'Autriche et le Liechtenstein.

Recommandation d'Employeurs Banques:

- N'autoriser que 20% du temps de travail en télétravail pour les travailleurs frontaliers et contrôler l'application de cette limitation.

6 Impôts

Concernant les conséquences fiscales du télétravail à l'étranger, il faut faire une distinction entre l'imposition des travailleurs frontaliers qui ont une activité lucrative indépendante (impôts sur le revenu) et l'assujettissement à l'impôt de l'employeur (impôt sur les bénéfices)⁸.

6.1 Impôt sur le revenu des travailleurs frontaliers

Les jours de télétravail sont imposés par l'État de résidence, ce qui peut accroître la charge fiscale des travailleurs frontaliers. Au-delà de 2 jours de télétravail par semaine, il existe aussi le risque de perdre le statut de travailleur frontalier.

Le principe du lieu d'exercice de l'activité lucrative s'applique aux contrats de travail internationaux conformément au modèle de convention de l'OCDE pour l'élimination de la double imposition. Cela signifie que les revenus professionnels sont imposés dans l'État dans lequel l'activité lucrative est effectivement exercée.

Il existe des dispositions spéciales pour les «vrais» travailleurs frontaliers qui rentrent en règle générale tous les jours à leur domicile situé à l'étranger. L'imposition de ces personnes fait l'objet d'accords spécifiques conclus avec les cinq pays voisins de la Suisse. Les dispositions ne sont pas uniformes. Toutefois, elles ont toutes pour but d'éliminer la double imposition et de répartir l'obligation fiscale de manière différenciée.

Le principe est d'imposer le revenu généré par une présence physique en Suisse par un prélèvement direct à la source (p. ex. impôt prélevé à la source pour les travailleurs frontaliers résidant en Allemagne) ou dans le cadre d'une procédure de déclaration assortie d'un remboursement par l'État étranger (p. ex. pour les travailleurs frontaliers résidant en France). Les impôts dus en Suisse sont en règle générale pris en compte dans le calcul de l'imposition dans l'État de résidence (élimination de la double imposition).

Puisque la Suisse ne peut imposer que les jours de travail effectivement passés sur le territoire suisse,

⁸ Le présent exposé ne traite que la question de l'obligation fiscale. Dans la pratique, des questions de détail se posent souvent concernant la mise en œuvre administrative du prélèvement de l'impôt à la source. Celles-ci dépassent le cadre du présent exposé. Nous vous renvoyons aux notes d'information des administrations fiscales cantonales.

l'enregistrement exact du lieu de travail est indispensable. Les journées de télétravail exécutées à l'étranger sont assujetties à l'impôt dans l'État de résidence. Selon les régimes fiscaux des différents pays, il est possible que l'augmentation de la part du télétravail alourdisse la charge fiscale des travailleurs frontaliers.

Par ailleurs, une part de télétravail élevée pourrait, selon l'accord entre les pays, faire perdre à l'employé son statut de travailleur frontalier, ce qui impliquerait qu'il ne relèverait plus du régime fiscal spécial des travailleurs frontaliers. De nombreuses questions à ce sujet n'ont pas encore été clarifiées. Concernant le statut de travailleur frontalier, les experts recommandent toutefois de limiter la part de télétravail à deux jours maximum par semaine⁹.

En raison de la situation liée au Covid-19, la Suisse a conclu des protocoles d'accord avec tous les pays voisins. Ils indiquent que le télétravail étant dû à la pandémie n'aura aucune incidence sur l'imposition des travailleurs frontaliers. Les jours de télétravail en raison du Covid-19 sont donc traités de la même façon que s'ils avaient été accomplis sur le lieu de travail au sein de l'entreprise.

Les accords ont des durées de validité différentes. Concernant la France et l'Allemagne, celles-ci ont été prorogées jusqu'à fin mars 2021 au moins. D'autres accords sont prorogés en permanence d'un mois jusqu'à nouvel ordre.

Recommandation d'Employeurs Banques:

- N'autoriser le télétravail des travailleurs frontaliers que jusqu'à 40% maximum pour ne pas compromettre leur statut de travailleur frontalier.
- Recommander aux employé-e-s de faire vérifier exactement les conséquences fiscales et donc financières du télétravail exécuté à l'étranger afin d'éviter de mauvaises surprises.

6.2 Impôts sur les bénéfices des entreprises

Le télétravail des travailleurs frontaliers pourrait justifier une création d'établissement stable qui aurait pour conséquence l'imposition de l'employeur à l'étranger.

Du point de vue de l'employeur, il convient de tenir compte du fait que le télétravail des travailleurs frontaliers peut entraîner, dans certaines circonstances, un assujettissement de l'entreprise à l'impôt à l'étranger. Ce pourrait être le cas si l'activité en télétravail entraînait la création d'un établissement stable à l'étranger du point de vue fiscal.

Il convient de vérifier au cas par cas s'il y a lieu de considérer l'activité en télétravail comme un établissement stable. Il faut donc clarifier par exemple la question de savoir si l'activité effectivement exercée en télétravail par le travailleur frontalier représente une part importante de l'activité globale de l'entreprise suisse, ce qui pourrait justifier la qualification d'établissement stable.

D'un autre côté, la doctrine défend l'idée qu'il n'y a pas lieu de présumer qu'il existe un établissement stable dès lors que l'employeur ne peut pas disposer des locaux privés de l'employé.

En l'absence de toute jurisprudence établie sur le sujet, la prudence est de mise puisque les conséquences de la justification d'un assujettissement à l'impôt à l'étranger sont loin d'être négligeables.

⁹ Voir toutefois la recommandation de 20% maximum de télétravail concernant la question du régime de sécurité sociale.

Recommandation d'Employeurs Banques:

- En raison de la nécessité d'examiner chaque cas particulier et des conséquences non négligeables d'une imposition à l'étranger, il est recommandé de bien clarifier l'aspect fiscal du télétravail des travailleurs frontaliers, surtout si l'entreprise accorde plus d'un jour de télétravail par semaine.
- En cas de doute, il est conseillé aux entreprises de faire preuve d'une certaine réserve lorsqu'elles permettent aux travailleurs frontaliers de télétravailler.

7 Interdiction du télétravail pour les travailleurs frontaliers?

Il est autorisé, en raison des risques juridiques encourus, d'exclure totalement les travailleurs frontaliers du champ d'application d'une politique de télétravail.

La question se pose de savoir s'il est permis d'exclure les travailleurs frontaliers du recours au télétravail en raison de risques qui sont surtout d'ordre fiscal. Les employé-e-s pourraient faire valoir que le fait de les exclure du télétravail est une violation du principe d'égalité de traitement du droit du travail.

Selon Employeurs Banques, cette exclusion est toutefois autorisée car les risques juridiques et, pour les banques, les aspects liés à la protection des données et au secret professionnel du banquier constituent une raison objective.

8 Conclusion

- Le télétravail des travailleurs frontaliers peut avoir des répercussions préjudiciables et, selon la situation, de lourdes conséquences tant pour l'employeur que pour l'employé-e.
- Sur la base des pourcentages maximaux de télétravail indiqués pour les points examinés ci-dessus (règle des 50%, 40%, 25%) il est recommandé de fixer la barre à 20% maximum du taux d'occupation (p. ex. un jour par semaine) pour les travailleurs frontaliers.
- Les conditions doivent être consignées dans un règlement ou une convention.
- Le contrat de travail doit convenir de l'application du droit suisse.
- Pour une part de télétravail de plus de 20%, il convient de recommander impérativement de procéder à un examen fiscal approfondi.

Etat: 02.02.2021

Auteur: Dr. iur. Balz Stückelberger, directeur d'Employeurs Banques