

PRATIQUE PROFESSIONNELLE

7

Le télétravail à l'étranger : risques et bonnes pratiques

Le télétravail à l'étranger peut faire l'objet d'une forte attente des collaborateurs et des entreprises audacieuses.

Mais cela implique la maîtrise de plusieurs pans du droit social afin d'être mis en œuvre de façon sécurisée. Schéma contractuel, loi applicable, immigration, sécurité sociale, fiscalité... Nous vous livrons les principales clés d'une mise en œuvre réussie du télétravail à l'étranger.

AUTEURS



**Guillaume
COEURDEVEY**

Avocat Associé
Abari Avocats



**Rudy
JOURDAN**

Avocat Associé
Abari Avocats



**Simon
BOSSON**

Avocat Associé
Abari Avocats

GARDER LE CAP DE L'ATTRACTIVITÉ

7-1 Alors que le télétravail à domicile est devenu un élément indispensable, voire une norme, dans la plupart des entreprises dont l'activité se prête à ce type d'organisation, ce nouveau standard cède la place à de nouvelles revendications qui obligent les entreprises à s'adapter pour rester attractives.

En effet, désireux de concilier encore davantage leur pratique professionnelle avec un épanouissement personnel, les salariés – et en particulier les plus jeunes – sont de plus en plus nombreux à solliciter une organisation en télétravail depuis l'étranger.

Ainsi, 48 % des salariés, et même 63 % pour les moins de 35 ans, envisagent un télétravail longue distance, depuis un lieu éloigné de leur site en France ou à l'étranger (Baromètre Télétravail et Organisations hybrides 2022, Malakoff Humanis, 24 février 2022), 33 % des travailleurs français se déclarent prêts à s'installer à l'étranger tout en conservant leur emploi actuel et 26 % des salariés affirment pouvoir d'ores et déjà télétravailler depuis l'étranger (Rapport « People at Work 2023 : l'étude Workforce View », ADP Research Institute, 11 octobre 2023).

Auparavant enclines à prohiber purement et simplement toute forme de télétravail hors de l'Hexagone, les entreprises se saisissent désormais de ce nouveau levier, pour renforcer davantage leur marque employeur.

Néanmoins, explorer ces nouveaux horizons n'est pas sans risque juridique et suppose de cartographier en amont divers points cardinaux.

ENJEUX DE DROIT DU TRAVAIL : SCHEMA CONTRACTUEL ET LOI APPLICABLE

■ Une préconisation : l'avenant au contrat de travail

7-2 Si le télétravail à l'étranger consiste en une poursuite du contrat de travail, en principe sans modification significative, plusieurs éléments plaident pour la conclusion d'un avenant au contrat de travail permettant d'encadrer précisément cette modalité.

En premier lieu, le télétravail à l'étranger est rarement encadré par l'accord collectif ou la charte relatifs au télétravail en vigueur dans l'entreprise (au sens des dispositions de l'article L. 1222-9 du code du travail), lesquels se concentrent en très grande majorité sur le télétravail en France métropolitaine.

Conclure un avenant au contrat de travail permettra ainsi d'encadrer le recours au télétravail à l'étranger et spécifier le contexte dans lequel ce télétravail s'opère, généralement de manière exceptionnelle et dérogatoire, et pour quelles raisons (profil difficile à recruter, surperformance, etc.). Il peut, à ce titre, constituer un premier rempart à d'éventuelles demandes d'autres collaborateurs, voire à des revendications fondées sur une inégalité de traitement.

L'avenant relatif au télétravail à l'étranger va également offrir la possibilité d'ajuster le curseur sur tous les éléments de nature contractuelle susceptibles d'être impactés par cette nouvelle organisation, en particulier en considération de la destination concernée : horaires de travail adaptés pour tenir compte le cas échéant du décalage horaire, ajustement du niveau de rémunération le cas échéant en considération du pays de destination,

modalités particulières de prise en charge des frais... Autant de points à paramétrer dans ce schéma spécifique de mobilité, généralement accordé pour la convenance personnelle du collaborateur.

Enfin et surtout, l'avenant va servir de support de clarification de l'organisation mise en œuvre et préciser les aspects évoqués ci-après en termes de régime de sécurité sociale, de régime fiscal et, avant eux, de loi applicable.

■ La loi applicable au télétravailleur international

Les fondamentaux à connaître

7-3 Afin de déterminer la loi applicable à la relation de travail caractérisée par des éléments d'extranéité, la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles et le règlement « Rome I » distinguent plusieurs situations (conv. de Rome 19 juin 1980, art. 3 ; règl. CE 593/2008 du 17 juin 2008, art. 3 § 1 et 8) :

- l'employeur et le salarié choisissent d'un commun accord la loi applicable aux relations contractuelles ;
- à défaut de choix, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (plusieurs critères sont définis par la convention pour rechercher la législation applicable) ;
- les règles dites « de police » du lieu d'exécution du contrat de travail s'imposent aux parties.

Conseils pratiques et recommandations

7-4 Compte tenu de la complexité que peut induire la détermination de la loi applicable à défaut de choix des parties, et a fortiori des difficultés pratiques d'application d'une loi étrangère si celle-ci devait être retenue, il est vivement recommandé de stipuler expressément la loi applicable à l'avenant de télétravail.

Si le télétravail à l'étranger est accordé à titre temporaire, ce qui représente la grande majorité des cas, les parties opteront logiquement pour l'application de la loi française à la relation de travail, favorisant l'homogénéité avec le statut des autres collaborateurs et la continuité des droits à l'issue de la période de télétravail à l'étranger. Par cohérence, il sera préconisé de prévoir la compétence des juridictions françaises.

Néanmoins, même en présence d'un choix clairement exprimé par les parties, la relation de travail devra se conformer aux dispositions impératives, ou « lois de police », du pays d'exercice du télétravail. Ce « noyau dur » de règles a en effet vocation à s'imposer à tout travailleur intervenant sur le territoire d'un État, indépendamment du schéma juridique et contractuel dans lequel s'inscrit sa mobilité. Or, les dispositions impératives touchent généralement à des domaines aussi structurants que la rémunération, la durée du travail, les congés ou encore la protection liée à la parentalité. À titre d'exemple, le forfait jours français ne saurait être appliqué en cas de télétravail en Israël, les dispositions locales (Hours of Work and Rest Law 5711-1951) imposant une ventilation du temps de travail entre une journée de travail normale et des heures supplémentaires (transposition peu aisée lorsque le forfait jours a précisément pour avantage de neutraliser la notion d'heures supplémentaires).

Il s'agit donc d'un point essentiel, qu'il convient impérativement d'anticiper avant d'accorder le télétravail dans tel ou tel pays, ce qui implique généralement de se rapprocher d'un conseil local afin de connaître l'étendue des obligations de l'entreprise.

Last but not least, la législation du pays d'accueil est susceptible d'impacter la protection des données, le règlement général sur la protection des données (RGPD) n'étant pas d'application universelle. Il convient, en cas de télétravail hors de l'Union européenne, de s'interroger sur le niveau de protection offert par le pays de destination, en se référant par exemple au site de la CNIL (<https://www.cnil.fr/fr/la-protection-des-donnees-dans-le-monde>). La loi du pays d'accueil va également jouer un rôle prépondérant dans les formalités préalables au départ puisqu'elle va régir le statut du salarié en termes de droit de l'immigration.

DROIT DE L'IMMIGRATION : DES ASPECTS À SÉCURISER

7-5 Si le télétravail à l'étranger est accordé à un citoyen européen et a vocation à s'exercer dans un État membre de l'Union européenne, la question du droit au séjour ne se posera pas en vertu du principe selon lequel tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, outre en Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 21 § 1 et 45 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 45).

En revanche, si le salarié n'est pas ressortissant d'un État membre et/ou que le pays de destination n'est pas un État membre, il convient de s'interroger sur le droit au séjour du télétravailleur.

Les règles étant spécifiques à chaque État, et les procédures pouvant s'avérer longues et parfois coûteuses, il est fortement recommandé d'anticiper cet aspect le plus en amont possible (et même avant d'accorder définitivement le télétravail à l'étranger) et de se faire accompagner par un conseil spécialisé.

En outre, il est bienvenu de stipuler une condition suspensive aux termes de l'avenant de télétravail, lequel doit fréquemment être formalisé en amont précisément aux fins de réaliser les démarches relatives au droit au séjour.

UN POINT DÉTERMINANT : LE RÉGIME DE PROTECTION SOCIALE DU TÉLÉTRAVAILLEUR À L'ÉTRANGER

■ Ne pas tenter de faire passer le télétravail à l'étranger pour du détachement

7-6 Le télétravail à l'étranger devient une véritable chimère lorsqu'il s'agit d'évoquer le sujet de la protection sociale.

En effet, le droit international de la sécurité sociale est familier de la notion de détachement, impliquant que le salarié soit envoyé à l'étranger afin d'y accomplir une mission précise, tournée vers le pays de destination. Le détachement peut ainsi être mis en œuvre dans trois situations :

- (i) pour la réalisation d'une prestation de service auprès d'un client de l'employeur établi à l'étranger ;

- (ii) entre entreprises d'un même groupe dont l'une est située à l'étranger ;
- ou encore (iii) pour le compte de l'employeur lui-même, sans contrat avec un destinataire dans le pays de destination (c. trav. art. L. 1262-1 et s.).

Dans cette hypothèse, le principe est le maintien de l'affiliation du collaborateur au régime de sécurité sociale de son pays d'origine, dans les conditions et limites prévues par les textes régissant la situation (ex. : règlements européens, convention internationale).

À l'inverse, dans le cadre du télétravail à l'étranger, généralement mis en œuvre par simple convenance personnelle, le collaborateur va, pour le cas qui nous préoccupe ici, poursuivre l'exercice de ses missions habituelles sur le périmètre potentiellement franco-français qui est le sien, sans interaction spécifique avec le pays de destination dans lequel il se trouve.

Compte tenu de la différence d'objet entre le détachement et le télétravail à l'étranger, l'URSSAF refuse fréquemment de délivrer un certificat de détachement en cas de télétravail à l'étranger.

Il est à noter que certaines entreprises tentent de se prévaloir du régime du détachement pour « forcer » le maintien du salarié au régime de sécurité sociale français et obtiennent parfois gain de cause auprès de l'URSSAF. Ce schéma apparaît toutefois risqué dans la mesure où, même si l'URSSAF accorde parfois un certificat de détachement, ce dernier est accordé sur la base d'une déclaration erronée, voire trompeuse, et ne sécurise dès lors pas réellement la situation du salarié en cas de sinistre survenant à l'étranger.

On peut, par exemple, s'interroger sur la prise en charge financière des conséquences d'un accident du travail survenu dans le cadre d'un détachement fondé sur une déclaration erronée de l'entreprise.

D'ailleurs, l'URSSAF procède généralement au retrait des certificats de détachement accordés lorsque l'entreprise – prudente et bien accompagnée – lui précise en toute transparence que la situation en cause est en réalité un télétravail depuis l'étranger.

L'option du détachement étant à proscrire, reste à déterminer le régime de sécurité sociale dont va relever le télétravailleur à l'étranger, étant rappelé que l'employeur est tenu d'une obligation d'information du collaborateur en ce qui concerne sa protection sociale à l'étranger (à propos de salariés détachés et expatriés mais à notre sens transposable au télétravail à l'étranger : cass. soc. 25 janvier 2012, n° 11-11374 FSPB ; cass. soc. 23 novembre 2022, n° 21-19611 FD ; cass. soc. 23 novembre 2022, n° 21-19618 D).

■ Télétravail dans un autre État de l'UE, de l'EEE ou en Suisse

Les règles de principe

7-7 Mis à part pour la situation spécifique des télétravailleurs dits « transfrontaliers » (voir ci-après), le télétravail à l'étranger ne fait pas l'objet d'une réglementation française ou européenne spécifique.

Il convient donc de se référer aux stipulations générales relatives à la « pluriactivité », situation dans laquelle le salarié exerce effectivement ses fonctions dans plusieurs États parmi ceux de l'Union européenne (UE), de l'Espace économique européen (UE + Islande, Liechtenstein, Norvège) et la Suisse.

En application de ces stipulations :

- le salarié est en principe affilié dans son État de résidence à condition d'y exercer une part substantielle de son activité, c'est-à-dire au moins 25 % du temps de travail ou de la rémunération, cette proportion étant appréciée sur les 12 mois civils à venir (règl CE 987/2009 du 16 septembre 2009, art. 14, §§ 8 et 10) ;
- à défaut, si le salarié n'exerce pas une partie substantielle (25 %) de ses activités dans l'État membre de résidence, il est affilié à la législation de l'État membre dans lequel l'employeur a son siège social ou son siège d'exploitation (règl CE 883/2004 du 29 avril 2004, art. 13) ;
- par exception, l'employeur peut demander à l'URSSAF le maintien du salarié au régime de sécurité sociale de l'État où est établie l'entreprise, ce qui requiert toutefois un accord entre l'URSSAF et l'organisme de sécurité sociale de l'autre pays (règl CE 883/2004, art. 16) ; en cas d'avis favorable, l'URSSAF délivrera à l'employeur français un certificat A1 actant le maintien auprès de la sécurité sociale française.

Le régime de faveur prévu par l'accord cadre sur le télétravail transfrontalier

7-8 Le maintien du salarié au régime de sécurité sociale du pays où est établie l'entreprise est nettement simplifié dans le cadre du télétravail transfrontalier entre les États ayant signé l'« Accord-cadre en application de l'article 16 § 1 du règlement (CE) 883/2004 en cas de pratique habituelle du télétravail transfrontalier » du 30 juin 2023 (États signataires : Allemagne, Autriche, Belgique, Croatie, Espagne, Estonie, Finlande, France, Irlande, Italie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse).

Il est à noter que cet accord-cadre ne s'applique qu'aux situations de télétravail transfrontalier qui impliquent uniquement 2 États signataires (pays de résidence et de télétravail + pays où est établi l'employeur) et à condition que le télétravail dans l'État de résidence représente moins de 50 % du temps de travail total du collaborateur.

Si ces conditions sont satisfaites, dès lors que l'État où est établi l'employeur et l'État depuis lequel le collaborateur télétravaille sont tous deux signataires de l'accord-cadre, le maintien du salarié auprès du régime de sécurité sociale de l'État où est établi l'employeur est de droit sur demande, y compris si le salarié passe plus de 25 % (mais moins de 50 %) de son temps de travail dans son État de résidence/télétravail.

La procédure relativement longue impliquant que les organismes de sécurité sociale des deux États s'accordent sur le régime de protection sociale applicable n'est donc plus requise, ce qui facilite les démarches des entreprises et réduit considérablement les délais de traitement des dossiers.

NOTE DE LA RÉDACTION Sur cet accord-cadre relatif au télétravail transfrontalier et les précisions apportées par circulaire par l'administration française, les lecteurs peuvent se reporter à deux articles publiés en 2023 (voir FH 4000, §§ 7-1 à 7-9 ; voir FH 4015, §§ 8-1 à 8-10).

■ Télétravail hors UE

En présence d'une convention bilatérale de sécurité sociale

7-9 Lorsque le télétravail est accompli en dehors de l'Union européenne, la vigilance de l'employeur doit encore être accrue afin d'éviter deux écueils : un défaut d'affiliation ou, à l'inverse, une double affiliation du collaborateur.

La France a conclu un certain nombre de conventions bilatérales de sécurité sociale qui ont pour objet de respecter le principe d'unicité de la législation sociale applicable et permettent ainsi de déterminer l'unique régime de sécurité sociale applicable dans les situations de mobilité internationale.

■ La France a ainsi conclu des conventions bilatérales de sécurité sociale avec l'Algérie, Andorre, l'Argentine, le Bénin, la Bosnie-Herzégovine, le Brésil, le Cameroun, le Canada, le Cap-Vert, le Chili, le Congo, la Corée du Sud, la Côte d'Ivoire, les États-Unis, le Gabon, Guernesey, l'Inde, Israël, le Japon, Jersey, le Kosovo, la Macédoine du Nord, Madagascar, le Mali, le Maroc, la Mauritanie, Mayotte, Monaco, le Monténégro, le Niger, la Nouvelle-Calédonie, les Philippines, la Polynésie française, le Québec, Saint-Marin, St-Pierre-et-Miquelon, le Sénégal, la Serbie, le Togo, la Tunisie, la Turquie et l'Uruguay.

Il est à noter que ces conventions privilégient généralement le maintien d'affiliation dans le pays d'origine, sous réserve de la durée de la mobilité (entre 6 mois et 5 ans).

En l'absence de convention bilatérale de sécurité sociale

7-10 À l'inverse, en l'absence de convention bilatérale de sécurité sociale entre la France et l'État dans lequel le salarié part télétravailler, aucune règle de coordination internationale ne permet de déterminer un régime unique d'affiliation.

Dans une telle hypothèse, il convient de faire application du « principe de territorialité », selon lequel la législation applicable est, sauf dérogation (détachement notamment), la législation du territoire sur lequel s'exerce l'activité salariée ou non salariée, indépendamment du lieu de résidence du salarié ou d'établissement de l'employeur. À ce titre, relèvent du régime de sécurité sociale français uniquement les salariés qui exercent leurs fonctions sur le territoire français ou qui sont soumis expressément au régime de sécurité sociale français par des règlements européens ou des conventions internationales (c. séc. soc. art. L. 111-2-2).

Ce principe est, en matière de télétravail à l'étranger, lourd de conséquence : le télétravailleur peut ainsi se voir privé de toute affiliation au régime de sécurité sociale français (à l'exception de la cotisation chômage qui doit être réglée par tout employeur français, y compris pour ses salariés détachés ou expatriés ; c. trav. art. L. 5422-13), pour n'être assujéti qu'au régime local de sécurité sociale.

Afin de garantir une protection satisfaisante à son collaborateur dans l'État de destination, par exemple si le système de protection sociale local est défaillant ou au contraire si les soins y sont extrêmement coûteux, l'employeur peut décider de compléter la protection sociale du salarié par une adhésion à la caisse des Français de l'étranger (CFE) ou par la souscription d'assurances privées couvrant certains risques (maladie notamment). En matière de retraite complémentaire, il est également possible de poursuivre l'affiliation auprès de l'Agirc-Arrco via Malakoff Humanis International.

Quelle que soit la situation en cause, il est également préconisé de contacter en amont les organismes de mutuelle et prévoyance de l'entreprise afin de s'assurer que le collaborateur bénéficiera d'une couverture inchangée dans le cadre du télétravail à l'étranger (le cas échéant en souscrivant une couverture complémentaire ou en le faisant bénéficier de la couverture groupe).

UN ANGLE MORT À NE PAS NÉGLIGER : LE RISQUE FISCAL

7-11 Si nous n'entrerons pas ici dans le dédale de la fiscalité personnelle du télétravailleur à l'étranger, l'attention du lecteur doit être attirée sur les potentielles conséquences fiscales du télétravail à l'étranger pour l'entreprise elle-même.

En effet, le télétravail à l'étranger est susceptible de l'exposer au risque de reconnaissance d'un « établissement stable » dans le pays de destination.

Cette reconnaissance, qui obligerait l'entreprise à assujettir une partie de son résultat à la fiscalité de l'État tiers, peut intervenir en cas d'installation fixe d'affaires dans l'autre État ou en présence d'un agent dépendant dans cet autre État.

À ce titre, il est essentiel d'encadrer précisément les modalités de télétravail à l'étranger, tant du point de vue de l'organisation matérielle (espace d'exercice du télétravail) que des prérogatives données au collaborateur, qui doit notamment être dépourvu de tout pouvoir de représentation de l'entreprise dans l'État de destination. Il s'agit d'un point essentiel de l'avenant relatif au télétravail, que nous préconisons de rédiger systématiquement.

Là encore, l'anticipation reste le maître-mot, afin que l'avantage compétitif que représente la faculté de télétravailler depuis l'étranger ne se mue pas en véritable bombe à retardement pour les entreprises audacieuses.

NOTE DE LA RÉDACTION

Les positions et opinions émises dans cette rubrique n'engagent que leur auteur.