

TELETRAVAIL A L'INTERNATIONAL : UN « CASSE-TETE » POUR LA GOUVERNANCE DES ENTREPRISES

Par Martine DERDEVET*

Cet article est inspiré des échanges qui se sont tenus avant, pendant et après les tables rondes organisées les 24 novembre 2020 et 16 juin 2021, par la Revue de Droit des Affaires Internationales. Animée par David Chekroun et Martine Derdevet les tables rondes avaient pour ambition de réunir des avocats, des juristes, des cadres d'entreprises, des universitaires et des journalistes, pour réfléchir sur les enjeux juridiques de la mobilité internationale dans un monde post COVID-19.

Le présent article restitue une partie de cette discussion « libre » et à « bâtons rompus » organisée dans le respect de la règle de Chatham House Rules.

Ont participé à cette discussion : Gwladys Beauchet (Avocate, Cabinet DS Avocats), Tatiana Perretiere (Juriste, Airbus), Delphine Fraudeau (Global Mobility Compliance Team, Airbus), Magali Castano (Vice President Human Resources Technip Energies, TechnipFMC), Etienne Pataut (Professeur de droit, Ecole de Droit de la Sorbonne), Fabienne Jault Seseke (Professeur de droit, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), Marie-Noëlle Lopez (Founding Partner at NewBridges).

Le télétravail,⁴⁴ bouleverse-t-il le management des entreprises en tentant notamment d'attirer et de retenir les talents ?

En effet, selon l'INSEE,⁴⁵ « en 2021, 22 % des salariés ont télétravaillé en moyenne chaque semaine ». Ce chiffre cache une réalité contrastée : d'abord au regard de la profession exercée, « un salarié sur deux », puis s'agissant de la variation de son taux, selon la période concernée, « élevée en début d'année », enfin en recul « avant de rebondir en fin d'année ». ⁴⁶ Cette tendance est tout autant perceptible à l'international, mais plus difficile à cerner, eu égard à la diversité des situations qu'elle englobe.

Alors que le télétravail se distingue du détachement à l'international, l'examen des statistiques le concernant est riche d'enseignements. Si effectivement, « Le nombre de travailleurs détachés [...] s'établit en moyenne à 72 600 en 2019 (+5,9 % par rapport à 2018) »⁴⁷ ce chiffre est loin de se

INTERNATIONAL TELE-COMMUTING: A DIFFICULT PROBLEM FOR CORPORATE GOVERNANCE

By Martine DERDEVET

This post is inspired by discussions before, during, and after two roundtable symposiums organised on 24 November 2020 and 16 June 2021 by the International Business Law Journal. Moderated by David Chekroun and Martine Derdevet, each roundtable aimed at bringing together lawyers, business executives, academics and journalists to reflect on the legal issues of international mobility in a post-COVID-19 world.

This post is based on some of the “free” and “open” roundtable discussions that were held in accordance with the Chatham House Rule.

Participating in these discussions were the following people: Gwladys Beauchet (Lawyer, DS Avocats), Tatiana Perretiere (Legal Officer, Airbus), Delphine Fraudeau (Global Mobility Compliance Team, Airbus), Magali Castano (Vice President Human Resources, Technip Energies, TechnipFMC), Etienne Pataut (Professor of Law, Sorbonne Law School), Fabienne Jault Seseke (Professor of Law, University of Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), and Marie-Noëlle Lopez (Founding Partner at NewBridges).

Is telecommuting disrupting business management by trying in particular to attract and retain talent?

Indeed, according to INSEE, “in 2021, on average 22% of employees teleworked each week”. This figure hides a contrasted reality: first with regard to the profession exercised, “one employee out of two”, then with regard to the variation of its rate, depending on the period concerned, “high at the beginning of the year”, then in decline “before rebounding at the end of the year”. This trend is just as noticeable internationally, but more difficult to identify, given the diversity of situations it encompasses.

Although telecommuting is distinct from international secondment, an examination of the statistics on it is instructive. Indeed, “the number of posted secondment workers [...] averaged 72,600 in 2019 (+5.9% compared to 2018)”, but this figure is far from stabilising. According to a report by the DGT, in 2020–2021,

* Présidente Fondatrice de MAIAO Conseil, Docteure en droit international et européen.

there was a drop “of around—20% in 2020 compared to 2019” reflecting the impact of the health crisis. This rate has not returned to its pre-crisis level, as “fewer than 60,000 employees were seconded in the third quarter of 2021, which is practically the same level as observed in 2020”.

Although caution is called for here, these figures, corroborated by numerous observations in companies, raise the question: Are new forms of “virtual mobility” not emerging?

Telework abroad is in a “blind spot” of cross-border regulation

Let’s take a look at these new forms of virtual mobility, which are certainly weakened by the lack of an adequate legal framework, but which are the focus of creative inventiveness on the part of transnational companies.

Overview of a protean concept

During the COVID-19 crisis, companies had to organise themselves in an emergency and consequently set up virtual assignment systems, crossing borders, where they should have used traditional mechanisms (such as expatriation or secondment). They have been able to develop these “HR tools” thanks to the “complicity” or “passivity” of the countries within which they operate.

For these companies, the return to the previous situation is not easy. They are now expressing the need to question their organisational modes, supposing new forms of collaboration (or new combinations of office and remote work).

The stakes are high: attracting or retaining employees is at the heart of the discussion. Companies are faced with a paradoxical situation: their governance is globalised, but they do not yet have a regulatory system in which they can appropriately manage the legal and tax risks associated with their employees abroad. Telework covers several types of situations: it can be an activity carried out from home or from a third place, within the company with geographically distinct places, or in premises shared by several companies (co-working), or even in a “nomadic” way. These typologies must also be combined with the ways in which they are exercised, whether regularly or occasionally.

stabiliser. D’après un rapport de la DGT,⁴⁸ en 2020–2021, on observe une chute « de l’ordre de — 20% en 2020 par rapport à 2019 » marquée par l’impact de la crise sanitaire. Ce taux n’a pas rejoint son niveau d’avant la crise, « moins de 60 000 salariés étaient détachés au troisième trimestre 2021, soit pratiquement le même niveau qu’observé en 2020 ».⁴⁹

Bien que la prudence soit ici de mise, ces chiffres corroborés par de nombreux constats en entreprise interrogent : De nouvelles formes de « mobilités virtuelles » ne seraient-elles pas en train de s’imposer ? Le télétravail à l’étranger se situe dans un « angle mort » de la réglementation supranationale.

Réalisons un rapide retour sur ces nouvelles formes de mobilités virtuelles, certes fragilisées car dépourvues d’un cadre légal adéquat, mais faisant l’objet d’une inventivité originale de la part des entreprises transnationales.

Etat des lieux d’un concept protéiforme

Durant la crise du COVID-19, les entreprises ont dû s’organiser dans l’urgence et ont par conséquent mis en place des dispositifs de travail virtuels à distance ou « virtual assignment », enjambant les frontières, là où elles auraient dû utiliser des mécanismes traditionnels (expatriation, détachement...). Elles ont pu développer ces « outils RH » grâce à la « complicité » ou la « passivité »⁵⁰ des Etats au sein desquels elles opèrent.

Pour ces entreprises, le retour à la situation antérieure n’est pas aisé. Elles expriment dorénavant la nécessité de remettre en question leur modes d’organisation, ce qui suppose de nouvelles formes de collaboration (ou combinaison du travail au bureau et à distance).

Car l’enjeu est de taille : l’attraction ou la fidélisation des salariés place le télétravail au cœur du débat. Les entreprises font alors face à une situation paradoxale : alors que leur gouvernance est mondialisée, elles ne disposent pas aujourd’hui d’un système règlementaire qui puisse sécuriser le télétravail de leurs salariés à l’international au regard des risques juridiques et fiscaux et des contrôles afférents. Le télétravail recouvre plusieurs types de situations : il peut s’agir notamment d’une activité exercée de chez soi ou depuis un tiers lieu, au sein de l’entreprise avec des lieux géographiquement distincts, ou dans des locaux partagés par plusieurs entreprises (co-working), voire de façon « nomade ». Ces typologies doivent également se conjuguer avec leurs modalités d’exercice, régulier ou occasionnel.

De surcroît, vues de sa focale internationale, les situations sont encore plus diversifiées. Face à cette myriade de situations l'on peine à saisir un pays de « rattachement ».

En effet, le télétravail à l'international ne relève peu ou prou d'une réglementation internationale dédiée,⁵¹ mais doit se conformer aux législations nationales (en matière de droit social, de sécurité sociale, de fiscalité, voire d'immigration) de plusieurs pays, mission que les Etats remplissent de façon fragmentée, par disciplines, non sans engendrer des disparités, accentuées par l'inadéquation des dispositifs au regard de ces nouvelles situations.

Si à l'échelon international, aucune réglementation n'est à l'heure actuelle en capacité d'encadrer « in globo » ce phénomène autrement que par domaines du droit,⁵² en revanche au sein de l'Union européenne, des initiatives se distinguent tant sur le fond que sur leur mode opératoire car issues du dialogue social. De fait, le 16 juillet 2002, les partenaires sociaux européens⁵³ avaient adopté un Accord-cadre sur le télétravail particulièrement précurseur puisqu'ils posaient déjà les fondements du télétravail qui ont solidement tenus deux décennies avant que ceux-ci⁵⁴ ne souhaitent l'actualiser.⁵⁵

Ce nouvel accord doit faire l'objet d'une directive européenne, incluant un droit à la déconnexion, ce dernier ayant fait l'objet de plusieurs sollicitations par les députés européens auprès de la Commission début 2021 et en juillet 2022.

En définitive, il ressort d'un constat lucide que la réglementation internationale en matière de télétravail demeure parcellaire, conduisant à une autre approche qui consiste à découpler les différents domaines du droit.⁵⁶ Certains de ces domaines relèvent à l'échelon européen soit d'une harmonisation, soit d'un système de coordination, et au grand international, d'accords inter-étatiques. Le palier national est donc incontournable.

Un parcours semé d'embûches

Le mise en œuvre du télétravail à l'international est un travail d'orfèvre dans la mesure où il convient d'assembler des pièces disparates, étant chacune cruciale.

Moreover, seen from an international perspective, the situations are even more diversified. Faced with this myriad of situations, it is difficult to identify an employee's "home" country.

In fact, international telework has little or no dedicated international regulation, but has to comply with the national legislations (on social law, immigration, social security and taxation) of several countries. Countries address these topics in a fragmented way, topic by topic, with disparities, altogether an inadequate set of tools for regulating these new situations.

At the broader international level, no regulation is currently able to provide a holistic framework for this phenomenon, regulating telework one area of law at a time. On the other hand, EU initiatives stand out not only for their substance, but also for their *modus operandi* (having emerged from multi-party dialogue). In fact, on 16 July 2002, the European social partners adopted a Framework Agreement on telework, a forerunner that laid the foundations for telework regulation, solidly in place for two decades until the social partners recently decided to update it.

Thus a new agreement may soon be the subject of a European directive, including a right to disconnect from work (the subject of several requests by MEPs to the Commission in early 2021 and in July 2022).

In the end, it is clear that international regulation of telework remains fragmented, leading to another approach, which is to decouple the different areas of the law. Some of these areas are covered at the European level either by harmonisation or by a co-ordination system, and at the broader international level by inter-state agreements. The national level is therefore unavoidable.

A journey full of pitfalls

A company's implementation of telework internationally requires craftsmanship, trying to assemble the pieces, each one being crucial. In labour law, for situations of "virtual assignment" from abroad, the first question to be solved is to determine which law applies to the employment contract. It is necessary to verify whether this type of telework changes, in part or in full, the applicable law from that of the country where the employee usually works to that of the now-teleworking employee's place of residence abroad. In labour law, permanent telework from a foreign residence implies the application of the law of the country of residence at least for those provisions that cannot be waived by contract.

The parties may indeed specify the law that will be applicable to their employment relationship, thus relying on a provision of the Rome I Regulation. However, this choice cannot “result in depriving the employee of the protection afforded by the provisions which cannot be derogated from by agreement under the law which, in the absence of a choice, would have been applicable”, a reference to more protective and mandatory provisions.

Consequently, the employment contract may be governed by several laws: the one chosen, and also the one falling under mandatory or more protective laws.

For example, if a Spanish company recruits an employee in France to telework to carry out prospecting, it has no interest in choosing Spanish law, with which it is certainly familiar, because it will be obliged to apply to the employee the mandatory or more protective French provisions.

Another point of attention is the health and safety of the employee who teleworks from abroad, often at the employee's request. The employer must take all necessary measures to guarantee safe working conditions in the foreign country, especially with regard to working hours and the right to disconnect, which could be more complex if there are time zone differences.

In terms of social security law, everything will depend on the situation of the teleworker. The determination of the applicable law will depend on several factors (working in an EU or non-EU country, teleworking full time or partially, from time to time or regularly, shared between the place of work and the place where the employees' homes are located). Social security coverage will be easier if the teleworker works within the EU, because Regulation 883/2004 on the coordination of social security systems applies to these complex cases mobilising the principle of singularity of applicable legislation and territoriality based on the place of exercise of the activity and its substantial character.

Outside the European Union, it is advisable to ensure the existence of a bilateral agreement between France and the third country of residence. If not, it is always possible to voluntarily join the *Caisse des Français de l'Étranger* (CFE) in order to remain attached to the French social security system under certain conditions.

En droit du travail, pour des situations de « *virtual assignment* » depuis l'étranger, la première question à résoudre est celle de la détermination de la loi applicable au contrat de travail. Il convient de vérifier si cette situation de télétravail ne change pas totalement ou partiellement la législation applicable, qui passerait de celle du pays où le salarié travaillait habituellement à celle de son lieu de résidence à l'étranger. En droit du travail, un télétravail permanent exercé depuis une résidence basée à l'étranger suppose l'application de la loi du pays de résidence au moins pour les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par contrat.

Les parties peuvent en effet préciser la loi qui sera applicable à leur relation de travail, s'appuyant ainsi sur une disposition du Règlement Rome I.⁵⁷ Ce choix ne peut toutefois « avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable », référence aux dispositions plus protectrices et impératives.

Par conséquent, le contrat de travail pourra être régi par plusieurs législations : celle choisie et celle relevant des lois impératives ou plus protectrices.⁵⁸

A titre d'exemple, si une entreprise espagnole recrute un salarié en France en télétravail pour effectuer de la prospection, elle n'a aucun intérêt à choisir le droit espagnol, droit qui lui est certes familier, car elle sera dans l'obligation de lui appliquer les dispositions françaises impératives ou plus protectrices.

Autre point d'attention, celui de la santé et de la sécurité du salarié qui télétravaille depuis à l'étranger, souvent à sa demande. L'employeur doit prendre toutes les mesures nécessaires lui garantissant des conditions de travail sécurisées dans le pays étranger, notamment au regard du temps de travail et de son droit à la déconnexion, malmenés par les décalages horaires.

En droit de la sécurité sociale, tout dépendra de la situation du télétravailleur. La détermination de la loi applicable dépendra de plusieurs facteurs (exercice au sein d'un pays de l'UE ou hors UE, télétravail à temps plein ou partiellement, ponctuel ou régulier, partagé entre domicile et entreprise). La couverture sociale sera plus aisée à établir si le télétravailleur œuvre au sein de l'UE, car le Règlement 883/2004⁵⁹ de coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale s'applique à ces nombreux cas complexes mobilisant les principes de l'unicité de la législation

applicable et celui de territorialité basé sur le lieu d'exercice de l'activité et son caractère substantiel^{60,61} Hors de l'Union européenne, il conviendra de s'assurer de l'existence d'une convention bilatérale conclue entre la France et l'Etat tiers de résidence. A défaut, il est toujours possible de s'affilier volontairement à la Caisse des Français de l'Etranger (« CFE ») pour conserver le rattachement au système de sécurité sociale français sous certaines conditions.

Droit fiscal enfin, où s'applique le principe d'imposition des salaires dans l'Etat d'exercice de l'activité. Toutefois il convient de vérifier l'existence de conventions fiscales bilatérales, stipulant des critères propres. L'employeur devra également s'assurer que ces situations de télétravail de soient pas la cause d'une constitution d'établissement stable de sa société dans le pays et de dispositions de retenue à la source.

En définitive, si cette approche segmentée de l'encadrement du télétravail peut actuellement remplir son office, elle est loin d'être satisfaisante car non dénuée de risques tant pour l'employeur que pour le salarié concerné ou le travailleur indépendant.

Besoin de redéfinir un nouveau cadre réglementaire puisé dans des pratiques ingénieuses des entreprises

S'impose alors à notre réflexion une remise à plat de la classification de ces situations, de leurs critères juridiques, notamment sur le choix du « lieu d'exécution », et enfin des instruments légaux de la mise en œuvre du télétravail à l'étranger.

Vers une nouvelle classification des télétravailleurs

En effet, la pratique du « *virtual assignment* » impliquant les pays hors EU, nous enseigne qu'une autre classification est possible, au regard de la fréquence des situations.

- Scénario A : Salarié travaillant pour une entité française à domicile en France, puis optant pour l'exercice de son activité mais depuis l'étranger. Le principal moteur de cette démarche repose sur l'employé qui optimise la faculté de flexibilité du travail à domicile lui étant octroyée (meilleurs climat, environnement fiscal, dans la plupart des cas, proximité de sa famille).
- Scénario B : Salarié embauché par le même groupe d'entreprises, sur deux sites localisés dans deux pays différents avec deux contrats de travail respectifs, sachant qu'il n'existe pas de besoin réel d'avoir quelqu'un physiquement sur place dans un site pour la plupart des réunions (ex : vendeur). Un simple déplacement régulier sur l'autre site suffit. Ce schéma au grand international entraîne toutefois de

Finally, tax law, with its principle of taxing salaries in the country where the activity is carried out. However, it is advisable to check the existence of bilateral tax treaties stipulating specific criteria. Employers should also check that these telework situations are not the trigger for recognising a permanent establishment of the company in the employee's country, followed by withholding tax obligations.

In the end, even if this segmented approach to telework regulation can currently serve its purpose, it is far from satisfactory because of risks for the employer as well as the employee or independent consultant.

The need to redefine a new regulatory framework based on ingenious company practices

What this reflection needs, then, is a wholesale reconsideration of the classification of these situations and their legal criteria, especially concerning the choice of "place of performance", as well as the legal instruments for the implementation of telework abroad.

Towards a new classification of teleworkers

Indeed, the practice of "virtual assignment" involving countries outside the EU teaches us that another classification is possible, given the frequency of the situations.

- Scenario A: Employee working for a French entity at home in France, then opting to carry on the activity from abroad. The main driver of this approach is the employee who optimises the flexibility of working from home abroad (better climate, fiscal environment, and in most cases proximity to family).
- Scenario B: Employee hired by the same group of companies, on two sites located in two different countries with two respective work contracts, knowing that there is no real need to have someone physically on site for most meetings (for example, a salesperson). A simple regular trip to the other site is sufficient. However, this broad international framework leads to many complications due to the coexistence of two contracts.

nombreuses complications dues à la coexistence de deux contrats.

- Scenario C: (the most frequent). A company wishes to formalise an employment relationship with a foreign employee without registering the employee's immigration status in the company's home country. An example is a Spanish employee with an employment contract with a Saudi entity, without ever going to Saudi Arabia.

- Scénario C : (le plus fréquent), une entreprise souhaite concrétiser une relation de travail sans enregistrer un statut d'immigration. (ex : Employé espagnol ayant un contrat de travail avec une entité saoudienne, sans jamais se rendre en Arabie Saoudite).

In addition to these scenarios, there are other "teleworker" freelance or independent statuses.

A ces scenarii, il convient d'ajouter d'autres statuts de « télétravailleurs » free-lance ou indépendants.

Redefining the legal criteria

In the absence of a choice by the parties, should the place of work remain the only criterion for determining the law applicable to the employment contract? Indeed, since the place of work is very often the teleworker's residence, this criterion is not appropriate. It could be replaced by a criterion more in line with the socio-economic reality of the employment relationship, namely the location of the headquarters of the company for which the employee works.

Redéfinir les critères légaux

A défaut de choix des parties, le lieu de travail doit-il demeurer le seul critère de détermination de la loi applicable au contrat de travail ? En effet, le lieu de travail étant très souvent celui de la résidence du télétravailleur, ce critère s'avère inadapté. Il pourrait lui être substitué, un critère qui corresponde plus à la réalité socio-économique de la relation de travail, celui du lieu du siège de l'entreprise au bénéfice duquel le salarié travaille.

Wouldn't an employee recruited by a German company and working from the United Kingdom for a French company be more interested in being subject to French law, even if not residing there? Indeed, this new criterion would allow the establishment of a solid body of homogeneous rules for a whole population of workers.

Un salarié recruté par une entreprise allemande qui travaillerait depuis le Royaume-Uni, au profit d'une société française, n'a-t-il pas plus intérêt à être soumis à la loi française, même s'il n'y réside pas ? En effet, ce nouveau critère permettrait l'instauration pour toute une population de travailleurs, d'un noyau dur de règles homogènes.

Towards the use of new instruments

Finally, companies that use international telework are becoming aware of the legal and tax risks they run in the absence of a reliable framework and/or in the face of increasing government inspections. This is why, once again, some of these companies and their social partners are organising themselves by using their transnational agreement to define the necessary guidelines for the achievement of a telework respectful of the working conditions everywhere they operate.

Vers l'utilisation de nouveaux instruments

Enfin, les entreprises qui recourent au télétravail à l'international, prennent néanmoins conscience des risques juridico-fiscaux qu'elles encourent faute d'encadrement fiable et/ou face à la recrudescence des contrôles.⁶² C'est pourquoi, ici encore, ces entreprises et les partenaires sociaux s'organisent notamment pour certaines d'entre elles, en utilisant leur accord transnational afin de définir les lignes directrices nécessaires à l'accomplissement d'un télétravail respectueux des conditions de travail⁶³ partout où elles exercent.

This context of legal uncertainties, coupled with the willingness of governments to increasingly scrutinise these international mobility situations (including cross-border telework), should not discourage companies.

Ce contexte d'incertitudes juridiques doublé de la volonté des Etats de désormais mieux contrôler ces situations⁶⁴ de mobilités internationales (incluant celles du télétravail transfrontalier), ne doit pas décourager les entreprises.

On the contrary, transnational companies have demonstrated vitality in the face of a health crisis, an economic crisis, and now a looming climate crisis. They have shown an ability to give rise to robust and ingenious solutions to the problems of virtual assignments. These responses, which are the result of their good practices, should inspire positive law, in a dimension that is henceforth respectful of the

Bien au contraire, c'est de la vitalité largement démontrée par ces entreprises transnationales qui ont affronté respectivement une crise sanitaire, économique, et bientôt celle climatique qui se profile, que naîtront des solutions robustes et ingénieuses de « *virtual assignment* ». Ces réponses issues de leurs bonnes pratiques, devraient inspirer le droit positif, dans une dimension dorénavant

respectueuse de l'environnement, des droits humains et plus généralement de la société civile.

environment, human rights and, more generally, of civil society.