

Enjeux juridiques du télétravail transfrontalier

**Naivi Chikoc Barreda
Faculté de droit (section droit civil)
Université d'Ottawa**

**Stéphanie Bernstein
Département des sciences juridiques
Université du Québec à Montréal**

Décembre 2021

Enjeux juridiques du télétravail transfrontalier est cofinancé par le Conseil de recherches en sciences humaines et le programme Compétences futures du Gouvernement du Canada.

Enjeux juridiques du télétravail transfrontalier is co-funded by the Social Sciences and Humanities Research Council and the Government of Canada's Future Skills program.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	2
1. Les enjeux du télétravail transfrontalier	4
1.1. Contexte	4
A. Définir le télétravail	6
B. Le télétravail : une forme d'organisation du travail en expansion.....	7
1.2. Objectifs de la recherche	9
1.3. Méthodologie	11
2. L'appréhension du télétravail par le droit du travail	12
2.1. Les formes de réglementation du télétravail au Canada	12
2.2. Le télétravail appréhendé par la législation provinciale sur les normes minimales d'emploi	12
A. Les disparités de traitement	14
B. Les instances chargées de l'application des lois sur les normes minimales d'emploi	15
2.3. La réglementation du télétravail en droit international et européen	16
3. Régime juridique du télétravail transfrontalier au Canada et en Europe	18
3.1. Provinces de <i>common law</i>	18
A. La compétence en matière de télétravail transfrontalier sous le prisme du lieu d'exécution du travail	18
B. La loi applicable au télétravail transfrontalier	24
C. Le télétravail transfrontalier au regard des normes minimales d'emploi	25
3.2. Québec	29
A. La compétence en matière de télétravail transfrontalier.....	29
B. La loi applicable au télétravail transfrontalier	31
C. Le télétravail transfrontalier au regard de la législation sur les normes minimales d'emploi	33
3.3. Union européenne	35
A. La compétence en matière de télétravail transfrontalier	35
B. La loi applicable au télétravail transfrontalier	36
3.4. Propos critiques de la solution traditionnelle basée sur le « lieu habituel de travail »	38
4. Répercussions (pour les politiques, la pratique ou la recherche)	39
5. Conclusion	40
6. Mobilisation des connaissances	41
7. Bibliographie	42
8. Autrices	47

RÉSUMÉ

Contexte. Le télétravail transfrontalier, une pratique qui se développe depuis plusieurs années dans le contexte du processus accéléré de numérisation de l'économie et qui a reçu une impulsion incontestable en raison de la pandémie mondiale de COVID-19, se profile comme une tendance d'avenir. Ce mode d'organisation du travail présente des particularités qui le distinguent aussi bien d'autres formes d'internationalisation de l'activité des entreprises que des situations typiques de mobilité transfrontalière des travailleurs. La dématérialisation du lieu de travail entraînant par essence un effacement des barrières spatiales, la prestation de travail exécutée à distance se déplace en continu à travers les frontières nationales par le biais des technologies de l'information et de la communication. La modification transfrontalière du domicile ou de la résidence du salarié pendant la durée du contrat est aussi une difficulté incontournable à laquelle sont confrontées les parties, un tel déplacement pouvant conduire au changement de régime applicable, sans que ni l'employeur ni l'employé en aient prévu cette conséquence. Par ailleurs, l'essor du nomadisme numérique comme phénomène socio-économique représente de nouveaux défis auxquels les règles juridiques actuelles se révèlent inadaptées.

Face à ces problématiques, il s'impose d'examiner le cadre juridique applicable au télétravail comportant une dimension transfrontalière pour déterminer dans quelle mesure il permet de répondre aux principaux enjeux de cette pratique en expansion. Nous analyserons les questions relatives à la détermination de l'autorité compétente pour connaître des litiges impliquant des télétravailleurs transfrontaliers et aux modes d'identification de la loi applicable parmi celles pouvant intervenir pour régler les droits et les obligations du travailleur et de l'employeur dans les rapports internationaux et interprovinciaux au Canada, ainsi que la façon dont les normes minimales d'emploi de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et du Québec appréhendent le télétravail transfrontalier, leurs conditions territoriales d'application et leurs limites.

Objectifs. Nous proposons une réflexion sur les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier, en examinant le sujet dans une perspective comparative, en identifiant les lacunes et les questions controversées dans le traitement du sujet, afin de signaler les déficiences du système actuel pour y répondre efficacement et d'éclairer les utilisateurs des connaissances sur l'impact des règles actuelles sur la protection du télétravailleur. Dans cet objectif, la synthèse des connaissances entamée cherche 1) à informer les utilisateurs des connaissances sur la façon dont le droit international privé canadien et européen et les normes minimales d'emploi canadiennes traitent le télétravail transfrontalier (compétence des autorités et loi applicable), et 2) à mettre en lumière l'inadaptation du cadre juridique actuel à ces enjeux, compte tenu de l'absence de coordination entre ces deux ensembles de règles et de la non-prise en compte du caractère virtuel de l'activité. Devant ces constats, les utilisateurs seront en mesure d'élaborer des politiques et des stratégies pour mieux gérer les risques associés à cette pratique, et pour réfléchir à l'opportunité de réformes législatives.

Résultats. Le présent projet de synthèse de connaissances a permis de ressortir des lacunes et des contradictions dans le traitement juridique du télétravail transfrontalier, la réponse fournie par le régime existant étant fragmentaire et inadaptée aux différents enjeux que soulève cette activité. Le rattachement au lieu physique où se trouve le télétravailleur met en concurrence les ordres juridiques, situation dont peuvent profiter les employeurs voulant échapper aux réglementations contraignantes de leurs pays d'origine pour se placer sous la juridiction des États à faible protection en matière de travail. Les législations

canadiennes sur les normes minimales d'emploi analysées refusent de prendre en charge les télétravailleurs accomplissant entièrement leurs activités pour un employeur local, depuis un État étranger ou une province canadienne distincte (une exception est prévue au Québec lorsque le travailleur y est domicilié). Pour éviter ces résultats indésirables, il s'impose de coordonner les différents ensembles normatifs appelés à s'appliquer au télétravail transfrontalier, afin de garantir un traitement international cohérent du contrat de travail, adapté aux enjeux de la dématérialisation du travail et compatible avec les normes impératives de protection minimale.

Messages clés. La détermination du régime juridique applicable aux télétravailleurs transfrontaliers présente des défis notamment en raison de la pluralité des règles juridiques qui peuvent potentiellement régir le contrat de travail. Le manque de coordination entre ces normes constitue non seulement une source d'incertitude pour les parties au contrat, mais peut mener à des disparités de traitement entre les télétravailleurs transfrontaliers et les salariés qui se trouvent sur place chez l'employeur, freiner l'accès à la justice et entraîner d'autres situations pouvant affecter de manière négative les télétravailleurs, ce qui menace l'objectif du droit du travail visant précisément à rééquilibrer les rapports entre le salarié et l'employeur et à offrir une protection effective au salarié. De telles difficultés rendent nécessaires des mécanismes aptes à coordonner ces règles afin d'arriver à des solutions qui tiennent compte des réalités du télétravail transfrontalier, et en particulier, de la dématérialisation du lieu du travail et de la mobilité pouvant résulter d'un changement du pays/province où le télétravailleur est domicilié et du phénomène du nomadisme numérique.

Méthodologie. Suivant une méthode comparative, nous avons exploré l'état des connaissances juridiques sur les questions énoncées. Ont été examinées les règles concernant la compétence des autorités et la détermination du droit applicable aux contrats internationaux de travail, dans quatre provinces canadiennes (le Québec, l'Ontario, la Colombie-Britannique et l'Alberta) et dans l'Union européenne, la jurisprudence et la doctrine relatives à l'interprétation de ces règles et les normes adoptées par l'Organisation internationale du travail dans des matières connexes. Afin d'évaluer l'adéquation de la réponse juridique aux principales problématiques soulevées par ces rapports transfrontaliers, nous avons jugé indispensable de confronter ces régimes aux limites territoriales imposées par les lois sur les normes minimales d'emploi des provinces canadiennes choisies. La méthode comparative employée a permis d'établir des points de convergence et des divergences importantes entre les juridictions étudiées. Or, un constat général s'est imposé de façon uniforme: aucun des systèmes analysés n'est adapté aux enjeux que comporte le télétravail pratiqué dans un contexte de mondialisation économique.

1. Les enjeux du télétravail transfrontalier

1.1. Contexte

Le télétravail, soit le travail effectué à l'extérieur de l'établissement de l'employeur utilisant les technologies de l'information et de la communication (TIC), a augmenté de façon exponentielle pendant la pandémie mondiale de la COVID-19¹. Cette forme d'organisation du travail n'est toutefois pas nouvelle, le phénomène ayant été identifié il y a maintenant 50 ans², mais on anticipe que sa progression continuera dans les années à venir³. Le télétravail remet en question le lieu de travail comme point d'ancrage des droits et des obligations des salariés et des employeurs en droit du travail⁴. Ceci est déjà vrai lorsqu'il s'agit du télétravail effectué localement, mais nous verrons que la question se complexifie lorsque le télétravail est exécuté au-delà des frontières nationales. Avec le développement des TIC, leur plus grande accessibilité sur le plan mondial et l'essor de la mondialisation économique, la distance géographique entre un télétravailleur et son employeur perd de son importance, et le télétravail n'est plus limité par les frontières nationales de l'État où l'employeur a son établissement. Il existe deux principaux cas de figure du télétravailleur transfrontalier : le télétravailleur à domicile pour un employeur dans un autre pays (ou province ou territoire dans le cas du Canada⁵) et le travailleur « nomade » qui télétravaille depuis plusieurs États de façon continue sans qu'on puisse identifier un lieu de travail fixe. Voici une illustration d'une situation de télétravail :

Amina a travaillé à temps plein pendant huit ans en marketing pour une compagnie de cartes de souhaits dont le siège social et seule place d'affaires se trouve à Montréal. Elle faisait du télétravail à partir de sa résidence à Syracuse dans l'État de New York. La compagnie engageait de nombreux employés de l'extérieur du Canada, en assurant leur supervision depuis son bureau à Montréal. De fait, Amina était en communication constante avec le bureau à Montréal par téléphone, texto, courriel et visioconférence. Avec son

¹ Voir par exemple, Bureau international du travail (BIT), « Teleworking arrangements during the COVID-19 crisis and beyond, Paper presented for the 2nd Employment Working Group Meeting under the 2021 Italian Presidency of the G20, OIT et G20 Italia 2021, avril 2021, p 7 [BIT et G20]. Nous n'abordons pas dans cette recherche l'essor de l'économie digitale et des plateformes de travail numériques, par lesquelles les TIC permettent à ces plateformes de fournir sur le plan local, national ou international du travail à des personnes qui sont généralement qualifiées d'entrepreneurs indépendants, bien que cette qualification soit souvent contestée. Voir en particulier : BIT, World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work, Genève, BIT, 2021; ainsi que J. Prassl, « Humans as a Service : The Promise and Perils of Work in the Gig Economy », Oxford/New York, Oxford University Press, 2018 ; G. Valenduc et P. Vendramin, « Le travail dans l'économie digitale : continuités et ruptures », 2016, Working Paper 2016.03, p. 16-25 [Valenduc et Vendramin, 2016].

² Selon de nombreuses sources, le terme « *telecommuting* » aurait été utilisé pour la première fois par J. Nilles dans les années 70 (Jack M. Nilles et al., « Telecommuting: An Alternative to Urban Transformation Congestion » (1976) 6: 2 *IEEE Transactions on Systems, Man and Cybernetics* 77).

³ BIT et G20, *supra* note 1; Eurofound et BIT, « Working anytime, anywhere: The effects on the world of work », Genève-Luxembourg, BIT-Eurofound, 2017 [Eurofound et BIT, Working anytime]; A. Belzunegui-Eraso et A. Erro-Garcés, « Teleworking in the Context of the Covid-19 Crisis », (2020) 12 *Sustainability* 3662.

⁴ Eurofound et BIT, Working anytime, *supra* note 3, aux pp 3 et 59 (sur la santé sur le lieu de travail); J. Desmarais, K. Lippel et R. Cox, « Les enjeux juridiques du télétravail au Québec. Rapport de recherche soumis au Centre francophone d'information des organisations (CEFRIO) », Québec, CEFRIO, 2001 [Desmarais et al, Enjeux juridiques]; S. Bernstein, K. Lippel et L. Lamarche, Les femmes, Le travail à domicile : le cadre législatif canadien, Condition féminine Canada, Ottawa, 2001 [Bernstein et al, Travail à domicile].

⁵ Au Canada, la législation du travail applicable varie d'une province ou d'un territoire à l'autre. La *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.), à son article 92 reconnaît la compétence exclusive des provinces sur la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale ou privée, comme les relations de travail, alors que la compétence du Parlement fédéral est limitée aux relations de travail dans certaines entreprises ou secteurs d'activité (par ex. le transport interprovincial et international, les banques et les télécommunications). Moins de 10% des salariés canadiens travaillent dans des milieux de travail assujettis aux lois fédérales du travail. Les 10 provinces, trois territoires et le Parlement fédéral peuvent alors adopter leurs propres lois du travail. Le droit privé est gouverné par le Code civil au Québec, alors qu'il est gouverné par la *common law* ailleurs au Canada.

ordinateur, elle pouvait accéder au réseau et aux bases de données de son employeur. Amina voyageait à Montréal aux frais de son employeur une fois par année pour quelques jours afin de participer à des réunions. Un jour elle a été congédiée de façon abrupte et sans juste cause à son avis. En plus, son employeur lui doit des sommes représentant son indemnité de vacances et pour des jours fériés. Son contrat de travail écrit stipule que les lois du Québec s'appliquent à la relation d'emploi entre elle et son employeur. Mais, est-ce possible que les lois de l'État de New York s'appliquent? Quel tribunal entendra sa cause si elle décide de poursuivre son employeur, un tribunal au Québec ou un tribunal dans l'État de New York?

Les différentes situations de télétravail transfrontalier mentionnées représentent une « transnationalisation » de la relation d'emploi par une délocalisation virtuelle du travail, lequel peut être effectué de l'extérieur des frontières nationales (ou provinciales ou territoriales au Canada) où l'employeur a sa place d'affaires ou son établissement. Le télétravail transfrontalier mène inévitablement à des situations juridiques complexes pour les travailleurs et les employeurs, lesquelles soulèvent des questions quant à la loi applicable et le forum approprié pour résoudre des conflits découlant de ces relations d'emploi à caractère transfrontalier ou « international »⁶. Dans ce rapport, l'emploi des termes « international », « pays » ou « État » fait aussi référence aux rapports interprovinciaux, ainsi qu'aux provinces et territoires du Canada, respectivement. Si certaines règles particulières de droit international privé⁷ prennent en compte l'inégalité des parties à la relation d'emploi, ces solutions ne considèrent pas suffisamment les différentes réalités du télétravailleur salarié. Le régime gouvernant le contrat de travail international qui repose essentiellement sur le lieu habituel de travail⁸ se révèle inadapté au télétravail transfrontalier⁹. Le droit du travail canadien, en particulier la législation régissant les normes minimales d'emploi, fournit différentes solutions dans les cas de relations d'emploi transfrontalières, mais aucune parmi elles n'a été conçue pour le télétravail. Par ailleurs, elles ne sont pas nécessairement cohérentes avec les règles de droit international privé en vigueur. Dans une perspective juridique, la situation des télétravailleurs transfrontaliers ne peut être assimilée à celle d'autres salariés transfrontaliers, comme ceux qui sont envoyés par leur employeur pour travailler de façon temporaire dans un autre pays et les salariés migrants qui travaillent dans l'endroit où se trouve leur employeur.¹⁰ La distance entre l'État à partir duquel le télétravailleur accomplit ses fonctions et celui où se localise l'établissement de l'employeur suscite ainsi des questions importantes relatives à la législation applicable et à la compétence des tribunaux et des agences gouvernementales responsables de

⁶ Comme nous allons voir plus loin, en droit international privé, le terme « international » s'utilise indifféremment pour désigner des frontières nationales ou subnationales, comme celles entre les provinces et territoires au Canada.

⁷ Les règles de droit international privé ont pour objet de déterminer si les autorités d'un État donné sont compétentes pour statuer sur un rapport juridique affecté d'un élément international, la détermination du droit applicable à ce rapport et l'établissement des conditions qu'une décision émanant d'un État étranger doit respecter pour produire ses effets sur le territoire national.

⁸ O. Deinert, *International Labour Law Under the Rome Conventions: A Handbook*, Baden-Baden, Nomos/Hart, 2017 aux pp 129-132 [Deinert]; N. Nord, « La mobilité du travail : approches de droit international privé », (2012) *Revue de droit du travail* 383.

⁹ Voir *infra*, partie 3: Régime juridique du télétravail transfrontalier au Canada et en Europe.

¹⁰ M. Houwerzijl et A. Schrauwen, « From Competing to Aligned Narratives on Posted and Other Mobile Workers within the EU? », dans C. Rijken and Tesseltje de Lange, eds., *Towards a Decent Labour Market for Low Waged Migrant Workers*, Amsterdam University Press, 2018; M. Lasek Markey, « Sufficient connection test and the definition of a posted worker: Unexpected lessons learnt from Dobersberger », (2021) 3 *European Law Review* 395; D. Lens, N. Mussche et I. Marx, « The different faces of international posting: Why do companies use posting of workers? », (2021) *European Journal of Industrial Relations* 1 (<https://doi.org/10.1177/09596801211023262>); J. Hennebry, « Falling through the cracks? Migrant workers and the Global Social Protection Floor », (2014) 14:3 *Global Social Policy* 369; M. Ruhs, *The Price of Rights: Regulating International Labor Migration*, Princeton/Oxfordshire, Princeton University Press, 2013.

l'application de la loi aux télétravailleurs transfrontaliers¹¹. Les progrès constants facilitant l'accès aux TIC partout dans le monde peuvent laisser la porte ouverte à une forme de *dumping social* par le télétravail salarié transfrontalier. Il ne s'agit pas ici d'une délocalisation de l'entreprise ou du recours à la sous-traitance vers des pays où la protection législative des travailleurs est moindre, mais bien d'une délocalisation du salarié qui maintient un lien d'emploi avec son employeur.

A. Définir le télétravail

C'est dans les années 1970 que l'on commencera à parler de « télétravail » dans la littérature, bien que les appellations du phénomène et de ses contours exacts varient d'un auteur à l'autre et que l'on retrouve de nombreuses appellations en français comme en anglais pour désigner des situations semblables¹². Avec l'adoption de l'Accord-cadre sur le télétravail¹³ en 2002 par les partenaires sociaux de l'Union européenne, le « télétravail » est défini comme « une forme d'organisation et/ou de réalisation du travail utilisant les technologies de l'information, dans le cadre d'un contrat ou d'une relation d'emploi, dans laquelle un travail, qui aurait également pu être réalisé dans les locaux de l'employeur, est effectué hors de ces locaux de façon régulière ». Un rapport de l'Eurofound et du Bureau international du travail (BIT) de 2017 a défini le terme « *telework/ICT [ouTIC]-mobile work* » comme suit: « l'utilisation des TIC, comme les téléphones intelligents, les tablettes, les ordinateurs, pour effectuer du travail à l'extérieur des locaux de l'employeur » [notre traduction]¹⁴. En 2020, l'Organisation internationale du travail a émis un avis technique concernant la collecte de données sur le travail à distance, le télétravail, le travail à domicile, et le travail à partir du domicile¹⁵. Il n'existait auparavant aucune directive internationale sur les définitions de ces termes à des fins statistiques. Dans cet avis, on considère que le télétravail est une sous-catégorie du travail à distance, soit à l'extérieur des locaux de l'employeur, lequel n'est pas nécessairement effectué depuis le domicile du travailleur, mais qui comporte nécessairement l'utilisation des TIC¹⁶. C'est la définition que nous retenons aux fins de cette recherche, dans laquelle est compris le télétravail « nomade », soit le travail exécuté par un salarié qui accomplit sa prestation de travail depuis plusieurs pays, ce qui rend impossible la détermination d'un seul lieu de travail « habituel »¹⁷.

Notre étude porte uniquement sur le télétravail qualifié de salarié, c'est-à-dire celui effectué dans le cadre d'un contrat de travail, sous le contrôle et la direction d'un employeur, par lequel la personne qui exécute le travail se trouve dans un état de subordination vis-à-vis de l'entité qui lui fournit du travail¹⁸. Le statut de « salarié » comme vecteur de droits

¹¹ Voir *infra*, partie 3: Régime juridique du télétravail transfrontalier au Canada et en Europe.

¹² Voir notamment J. C. Messenger "Introduction: Telework in the 21st century – an evolutionary perspective" dans J. C. Messenger, dir., *Telework in the 21st Century: An Evolutionary Perspective*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2019, 1.

¹³ Accord-cadre sur le télétravail. Les signataires étaient la Confédération européenne des syndicats (CES), l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe / Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UNICE/UEAPME) et le Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP). Voir S. Clauwaert, 'New Landmark in the EU Social Dialogue: The Telework Agreement', (2002) 8:3 *Transfer. European Review of Labour and Research* 540.

¹⁴ Eurofound et BIT, *Working anytime*, *supra* note 3, à la p 3.

¹⁵ BIT, « COVID-19: Guidance for labour statistics data collection: Defining and measuring remote work, telework, work at home and home-based work », BIT, 5 juin 2020 [BIT, Guidance for labour statistics].

¹⁶ BIT, *Guidance for labour statistics*, *supra* note 15, à la p 6.

¹⁷ Valencuc et Vendramin, 2016, *supra* note 1, aux pp 33-35.

¹⁸ Sur le contrat de travail et ses caractéristiques, voir notamment : D. Brodie, *The Future of the Employment Contract*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021 ; F. Morin, J.-Y. Brière, D. Roux et J.-P. Villaggi, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, p 175 et ss ; J. Fudge, E. Tucker et L. Vosko, *Le concept légal de l'emploi: la marginalisation des travailleurs*, Ottawa, Commission du droit du Canada, 2002. Pour une discussion des limites et problèmes posés par la construction du droit du travail autour de la notion de « salarié » (« *employee* »), voir également G. Davidov et B. Langille, éd., *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford/Portland, Hart, 2006.

dans les lois régissant la relation de travail, et les contours flous de ce statut dans les faits, notamment eu égard aux télétravailleurs, n'est pas abordé dans le cadre de cette recherche. Or, ce statut est un préalable à l'existence d'un contrat de travail et à la protection des lois sur les normes d'emploi au Canada¹⁹. Bien que le télétravail soit également effectué par des personnes qualifiées d'entrepreneurs et de prestataires de service indépendants non assujettis à la plupart des lois régissant la relation de travail, les enjeux juridiques touchant les télétravailleurs salariés sont en bonne partie distincts de ceux visant l'entrepreneur ou le prestataire de service indépendant. L'attribution du statut de salarié dans un contexte transfrontalier dépend de l'opération de qualification, ce qui implique d'apprécier les caractéristiques fondamentales du rapport en cause, afin de le classer dans une catégorie juridique d'où on tire le régime applicable. Le raisonnement se fait ordinairement d'après les conceptions de l'autorité nationale ou provinciale saisie. Ce n'est que si l'analyse de la situation de fait rencontre les exigences typiques de la relation d'emploi, qu'elle sera traitée comme relevant du « contrat de travail » au sens des règles de droit international privé. Comme nous le verrons, cette discipline tend à réserver au contrat de travail un traitement particulier dans l'optique d'une meilleure protection de la partie faible au contrat, soit le salarié.

B. Le télétravail : une forme d'organisation du travail en expansion

Déjà abondante avant la pandémie, la littérature sur le télétravail²⁰ a connu une véritable explosion depuis 2020 et cette recherche ne vise pas à passer en revue les multiples écrits exposant, par exemple, les avantages et les inconvénients du télétravail pour chacune des parties à la relation de travail, ni les études approfondies de certains secteurs et professions. Mais un constat général s'impose. La pandémie mondiale de COVID-19 a été un catalyseur inattendu de l'expansion du télétravail, les gouvernements d'un nombre important de pays pour des raisons de santé publique ayant encouragé ou obligé les personnes à exercer leur travail à distance depuis leur domicile lorsque possible au moyen des TIC²¹. Le télétravail à domicile a été alors vu non seulement comme une mesure sanitaire pour limiter la transmission du virus, mais aussi comme une façon d'amortir le chômage involontaire et la perte d'emplois. Au Canada, le nombre de salariés en situation de télétravail a augmenté de façon importante à partir du mois de mars 2020²². En 2016, à peine 4% des salariés canadiens travaillaient la plupart du temps à partir de leur maison, alors qu'au début de 2021 ce chiffre s'élevait à 32%, ce qui est comparable à celui observé aux États-Unis où en mai-juin 2020, un tiers des travailleurs rapportaient faire du

¹⁹ Il existe une littérature très abondante sur cette question-clé en droit du travail. Les contours du statut du travailleur permettant un assujettissement aux lois sur les normes d'emploi peuvent varier légèrement d'une loi à l'autre au Canada, selon les termes utilisés et la jurisprudence. Des recommandations sont proposées depuis près de 20 ans au Canada sur l'opportunité d'élargir la notion de « salarié » et/ou d'imposer des freins à une mauvaise qualification du statut des travailleurs afin d'assurer une plus grande protection de travailleurs actuellement exclus des lois sur les normes d'emploi; pour une discussion de cette question du point de vue des politiques publiques, voir notamment : J. Bernier, G. Vallée et C. Jobin, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle : Rapport final*, Québec, Ministère du travail, 2003; C. M. Mitchell et J. C. Murray, *Rapport final sur l'examen portant sur l'évolution des milieux de travail*, Toronto, Ministère du Travail, mai 2017; British Columbia Law Institute, *Report on the Employment Standards Act*, Vancouver, British Columbia Law Institute, décembre 2018; Emploi, Développement social Canada (EDSC), *Rapport du Comité d'experts sur les normes du travail fédérales modernes*, Gatineau, EDSC, 2019.

²⁰ Pour une recension de la littérature, voir notamment: Eurofound et BIT, Working anytime, *supra* note 3; Y. Blount, « Pondering the Fault Lines of Anywhere Working (Telework, Telecommuting): A Literature Review », Delft/Hanover, Now Publishers, 2015; J. Messenger et L. Gschwind, « Three generations of telework: New ICT and the (r)evolution from home office to virtual office », (2016) 31:3 *New Technology, Work and Employment* 195.

²¹ Voir, par exemple, Eurofound, « COVID-19: Implications for employment and working life », COVID-19 series, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2021, p 11 [Eurofound, Implications, 2021]; Gouvernement du Québec, « Information pour le personnel de la fonction publique dans le contexte de la COVID-19 » (mis à jour juin 2021) (obligation pour les employés de l'État de travailler à domicile).

²² T. Mehdi et R. Morissette, « StatCan et la COVID-19: Travail à domicile: productivité et préférences », Statistique Canada, avril 2021, p 3 [Mehdi et Morissette].

télétravail²³. En Europe, avant la pandémie en 2018, moins de 5% des salariés télétravaillaient de façon régulière et moins de 10% le faisaient de façon occasionnelle, alors qu'en juillet 2020, 34% des salariés télétravaillent à temps plein, et 14% à temps partiel²⁴. Le recours au télétravail varie évidemment d'un pays à l'autre dans l'Union européenne, mais pendant la pandémie il prévalait dans les régions urbaines dans des secteurs plus propices au télétravail comme l'éducation, les finances et l'administration publique, bien que, comme au Canada, un nombre important de travailleurs dans d'autres secteurs se sont retrouvés à expérimenter le télétravail.

La pandémie a aussi été l'occasion d'évaluer la capacité du marché du travail d'accommoder le télétravail, y compris pour l'avenir. En mai 2020, une étude de Statistique Canada a estimé la « capacité de télétravail » dans l'économie canadienne et a conclu que près de 40% des Canadiens qui travaillent occupent un emploi qui pourrait être exercé à partir de leur domicile²⁵. Ce chiffre représenterait la capacité maximale du marché du travail d'accommoder le télétravail, laquelle varie selon la province et le secteur. L'étude a évalué qu'environ 85% des emplois dans certains secteurs des services (finances et assurances, enseignement et services professionnels, scientifiques et techniques) peuvent être effectués à partir du domicile. En Europe, l'on prévoit également, selon l'État membre, une augmentation du télétravail dans plusieurs secteurs en période post-pandémique²⁶.

L'attitude des employeurs envers le télétravail semble évoluer vers son expansion en raison, entre autres, de constats favorables concernant l'impact du télétravail sur la productivité, la réduction des coûts d'exploitation et la rétention du personnel²⁷, dans un contexte où, selon le type de travail effectué, le contrôle et la supervision des employés sont rendus davantage possibles en raison du développement des TIC²⁸. L'engouement des employés pour le télétravail est également constaté par diverses études dans plusieurs secteurs, et dépendrait de divers facteurs tels le secteur d'activité, leur niveau de scolarité, leurs situations socio-économiques et familiales, ainsi que de la motivation des employés et du support fourni par l'employeur²⁹. Dans de nombreux pays, l'on peut aussi constater un mouvement sur le plan législatif vers un droit pour les salariés de demander un arrangement de travail plus flexible afin de favoriser une meilleure articulation entre le travail et la vie familiale ou personnelle. Il s'agit d'un droit de demander un tel arrangement -et pas nécessairement de l'obtenir- et de l'obligation de l'employeur d'y répondre conformément aux exigences de la loi. Le « droit de demander » (*right to request*) un horaire plus flexible ou une modification du lieu de travail, habituellement vers la résidence du salarié, a commencé à faire son apparition depuis 15 ans dans les législations du travail de plusieurs

²³ M. Dey, H. Frazis, D. S. Piccone Jr et M. A. Loewenstein, « Teleworking and lost work during the pandemic: New evidence from the CPS », *Monthly Labor Review*, U.S. Bureau of Labor Statistics, juillet 2021.

²⁴ Eurofound, *Implications*, 2021, *supra* note 21, à la p 12.

²⁵ Z. Deng, R. Morissette et D. Messacar, « Faire tourner l'économie à distance : le potentiel du travail à domicile pendant et après la COVID-19 », *Statistique Canada*, mai 2020, p. 3.

²⁶ Commission européenne, « Telework in the EU before and after the COVID-19 : where we were, where we head to », *Science for Policy Briefs*, European Commission, 2020; P. Bérestégui, « Teleworking in the aftermath of the Covid-19 pandemic: enabling conditions for a successful transition », *Covid-19 Impact Series*, European Trade Union Institute, mai 2021.

²⁷ C. Criscuolo, P. Gal, T. Leidecker, F. Losma et G. Nicoletti, « The role of telework for productivity and well-being during and post-COVID-19. Key highlights of an OECD survey among managers and workers. *Global Forum on Productivity* », Paris, OCDE, 2021; *Business Development Bank of Canada (BDC)*, Ottawa, février 2021 [BDC 2021].

²⁸ Voir par exemple, Manuela SAMEK LODOVICI et al. « The Impact of Teleworking and Digital Work on Workers and Society. Special focus on surveillance and monitoring, as well as on mental health of workers », *Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies*, Prepared for the European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs, avril 2021, p 54-59.

²⁹ Voir par ex T. Saba et G. Cachat-Rosset, « COVID-19 et télétravail: un remède universel ou une solution ponctuelle? Québec et comparaison internationale », *Chaire BMO Diversité et Gouvernance*, Université de Montréal, 27 octobre 2020; BDC 2021.

pays, y compris au Canada³⁰. Le télétravail comme moyen d'articuler différents aspects des vies des salariés s'inscrit pleinement dans cette évolution législative³¹. Un consensus semble alors se dégager voulant qu'il y ait une expansion du télétravail en période post-pandémie dans de nombreux secteurs de l'économie. Cela dépendra d'une série de facteurs, comme l'impact du télétravail sur la productivité et la performance des entreprises et des organisations, les préférences des salariés pour le télétravail et la capacité des employeurs de répondre aux exigences du travail à distance³².

Nous voyons émerger une discussion sur le développement du télétravail transfrontalier, avec ses avantages et ses risques³³. Plusieurs y voient une façon de recruter une main-d'œuvre qualifiée vivant notamment dans des pays du Sud, avec de hauts taux de chômage et de sous-emploi, alors que dans les pays industrialisés l'on constate une rareté de main-d'œuvre dans certains secteurs³⁴. La numérisation de l'économie mondiale, entre autres dans le secteur des services, serait en train de « *[create] opportunities for a broader range of firms to engage in trade and for more people to engage in work from remote and foreign areas, thereby contributing to employment* » alors que « *[d]igitisation already enables high-skilled services workers in developing countries to telework for firms in other geographic locations* »³⁵. Le télétravail transfrontalier peut ainsi permettre aux entreprises de réduire leurs coûts de main-d'œuvre et d'infrastructures en embauchant des télétravailleurs dans des pays où les lois du travail et les régimes de sécurité sociale sont moins protecteurs³⁶. Un autre attrait du recrutement de télétravailleurs transfrontaliers tient de la possibilité d'éviter les aléas du recrutement international par lequel le travailleur se déplace à l'endroit où se trouve l'employeur, après un long et parfois coûteux, processus d'immigration temporaire ou permanente³⁷.

1.2. Objectifs de la recherche

À partir de l'état des connaissances actuelles, notre projet se propose d'évaluer sous un angle critique l'adéquation de la réponse juridique au besoin de protection du

³⁰ Voir par exemple: S. Charlesworth et I. Campbell, « Right to request regulation: two new Australian models », (2008) 21:2 *Australian Journal of Labour Law* 1. Le droit de faire une demande d'« assouplissement des conditions d'emploi », incluant la possibilité de faire du télétravail est entrée en vigueur dans le Code canadien du travail (fédéral) en 2019 (art 177.1), et avait été brièvement intégré dans la loi ontarienne des normes minimales d'emploi en 2017, pour y être abrogé un an plus tard après un changement de gouvernement: voir *Loi de 2017 pour l'équité en milieu de travail et de meilleurs emplois*, L.O. 2017, chap. 22 - Projet de loi 148, sanctionnée le 27 novembre 2017, art 1(2) et 27, abrogés par *Loi de 2018 pour un Ontario ouvert aux affaires*, L.O. 2018, chap. 14 - Projet de loi 47, sanctionnée le 21 novembre.

³¹ Dans les pays membres de l'Union européenne, le télétravail est réglementé à des degrés divers au niveau national par des dispositions législatives et par la négociation collective: pour plus de détails sur cette réglementation nationale, voir P. Sanz de Miguel, M. Caprile et J. Arasanz, « Regulating telework in a post-COVID-19 Europe », Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne (Agence européenne pour la santé et la sécurité au travail), 2021 [Sanz et al 2021; voir également plusieurs modifications législatives récentes en Amérique latine visant le télétravail, dont : *Loi 27555 (modifiant le régime de contrat de travail approuvé par la loi 20.744) (2020) (Argentine)*; *Décret suprême 4218 (2020) (Bolivie)* ; *Loi 21220 (modifiant le Code du travail en matière de travail à distance) (2020) (Chili)*.

³² Voir notamment, Mehdi et Morissette, *supra* note 22.

³³ Voir par exemple: M. Carias et C. Louis, « Focus: If it can be done from home, could it be done from abroad? The risks and opportunities of virtual offshoring », Coface Economic Publications, Paris, juin 2021 [Coface 2021] (Coface est une compagnie multinationale française d'assurance-crédit et de gestion de risques.).

³⁴ Voir Horizons de politiques Canada (HPC), « L'avenir du travail: cinq facteurs qui changent la donne », 20 juin 2019; *Arienne Béland*, « Le télétravail comme solution à la pénurie de main-d'œuvre? », Radio-Canada, 9 août 2021

³⁵ Voir l'étude de J. Drake-Brockman et al., « Digital Technologies, Services and the Fourth Industrial Revolution », Jean Monnet TIIISA Network Working Paper no. 2020-02, 14 avril 2020, à la p 13.

³⁶ Coface 2021, *supra* note 33. Les auteurs estiment que les coûts de main-d'œuvre pourraient être réduits de 6% à 26%, selon le pays et le pourcentage du travail fait à l'étranger (à la p 3); J. X Zhan, « GVC transformation and a new investment landscape in the 2020s: Driving forces, directions, and a forward-looking research and policy agenda », (2021) 4 *Journal of International Business Policy* 206 à la p 211.

³⁷ Voir par exemple le site de l'agence de recrutement Job.etrouve où l'on peut lire que « [leur] objectif est de rendre le marché de l'emploi canadien accessible aux travailleurs étrangers sans qu'ils aient à quitter leur pays. Par le fait même, les entreprises ont une alternative pour faire face à la pénurie de main-d'œuvre sans avoir à débours des milliers de dollars ».

télétravailleur en situation transfrontalière. Contrairement à la perspective classique en droit international du travail qui met davantage l'accent sur l'harmonisation, voire une uniformisation des normes et des standards destinés aux États par l'adoption d'instruments internationaux (p. ex., la Convention n° 177 sur le travail à domicile de l'OIT), les règles issues du droit international privé appréhendent les normes dans leur diversité pour les coordonner lorsqu'elles sont en concurrence dans une situation particulière ayant des rattachements avec plusieurs ordres juridiques nationaux. Nous postulons que c'est en raison de leur aptitude à gérer la diversité normative qu'il est nécessaire de tourner le regard vers le potentiel de ces règles, tout en identifiant leurs lacunes et leurs incohérences pour répondre aux enjeux découlant du contexte transfrontalier dans lequel s'inscrit le rapport de télétravail. La présente étude entend ainsi explorer le potentiel des règles de droit international privé pour répondre à ces défis, d'en ressortir leurs défauts et leurs incohérences dans le traitement de la question et de proposer des pistes de réflexion menant à de futures priorités de recherche.

Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier sont nombreux. En droit international privé québécois et européen, la clause contractuelle ayant pour objet le choix par les parties de la loi applicable au rapport de travail ne peut porter atteinte aux dispositions impératives de l'État d'exécution habituel du travail offrant une meilleure protection au télétravailleur. À défaut de choix, cette loi est appelée à gouverner la relation d'emploi. Dans le système canadien de *common law*, le lieu d'accomplissement de la prestation de travail occupe une place importante dans la démarche d'analyse judiciaire visant à déterminer le droit applicable au contrat de travail. Transposé à la réalité du télétravail transfrontalier, le critère du lieu d'exécution habituel du travail entendu comme le lieu de présence physique de l'employé conduirait à privilégier la loi de l'État à partir duquel le télétravailleur accomplit habituellement ses tâches, provoquant ainsi une différence de traitement entre celui-ci et les salariés travaillant dans le pays d'établissement de l'employeur. En plus, ce critère est susceptible d'entraîner la fragmentation du régime applicable au rapport contractuel, au gré des déplacements transfrontaliers du télétravailleur, voire l'absence de protection dans le cas où la législation locale ne prendrait pas en charge ce travailleur. Les règles d'attribution de compétence judiciaire en matière de contrats de travail prévoient plusieurs options en faveur du travailleur, en vue de renforcer son droit d'accès à la justice. Théoriquement conçues pour protéger le salarié au titre de « partie faible » du rapport contractuel, tant les règles de compétence judiciaire que les règles de conflit du droit européen et québécois se heurtent au principe de territorialité qui restreint le champ d'application des lois sur les normes d'emploi choisies comme cas d'étude pour la recherche. L'articulation entre ces trois catégories de règles s'avère indispensable pour garantir au télétravailleur salarié l'accès à la justice et la protection des règles juridiques encadrant les conditions minimales d'emploi³⁸.

³⁸ D'autres enjeux qui ne seront pas abordés dans cette étude touchent les relations de travail transfrontalières pouvant impliquer du télétravail, comme la prévention et l'indemnisation des lésions professionnelles (K. Lippel et D. Walters, « Regulating Health and Safety and Workers' Compensation in Canada for the Mobile Workforce: Now You See Them, Now You Don't », (2019) 29:3 *New Solutions: A Journal of Environmental and Occupational Health Policy* 317; l'organisation syndicale, la négociation collective et le droit de grève (E. Tucker et B. Jowett, « Employment-Related Geographic Mobility in Canada and Collective Bargaining: A Report Prepared for the On the Move Partnership Research Team », On the Move, Policy Component, Toronto, juillet 2014), les règles d'imposition (H. Niesten, « Revising the Fiscal and Social Security Landscape of International Teleworkers in the Digital Age », (2021) 49:2 *Intertax* 120), et les exigences en matière de permis de travail et autres formalités d'immigration (voir par exemple : Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Travailleurs temporaires », *Instructions et Lignes directrices opérationnelles* (à jour juillet 2021)).

1.3. Méthodologie

La méthodologie adoptée dans cette recherche consiste dans l'analyse juridique de la problématique, au regard des législations provinciales sur les normes minimales d'emploi, des instruments supranationaux pertinents (conventions internationales, instruments européens), de la jurisprudence et de la doctrine en droit comparé. Ces sources nous ont permis de dresser un portrait général du traitement des contrats de travail internationaux (compétence des tribunaux et loi applicable), afin d'évaluer ses implications sur le télétravail transfrontalier. Les cadres théorique et juridique du sujet ont ainsi été délimités à l'aide des bases de données spécialisées dans la recherche documentaire en droit (en particulier: Heinonline, LexisNexis, Dalloz, Lextenso, CanLii, Soquij). Nous avons également eu recours aux sites des ministères du Travail et d'autres agences des gouvernements provinciaux et fédéral canadiens et aux sites des instances et agences de l'Union européenne et de l'Organisation internationale du travail (OIT). La législation répertoriée est en vigueur au 1^{er} décembre 2021. La recherche jurisprudentielle et doctrinale couvre surtout la période du 1^{er} janvier 2011 au 1^{er} décembre 2021. L'analyse des sources antérieures s'est avérée parfois nécessaire pour comprendre l'évolution du cadre juridique sur le sujet et établir les principes qui guident l'interprétation des tribunaux dans l'état actuel du droit. La recherche jurisprudentielle visait à répertorier les décisions dans les provinces canadiennes choisies (Colombie-Britannique, Alberta, Ontario et Québec) émanant des tribunaux de droit commun et des tribunaux administratifs spécialisés en matière de travail sur le télétravail salarié, la portée territoriale de l'application des lois sur les normes d'emploi de ces provinces, et l'application des règles de droit international privé aux contrats de travail au Canada et dans l'Union européenne.

Le matériel de droit comparé examiné couvre les règles de droit international privé concernant les rapports de travail et plus spécifiquement les normes minimales d'emploi dans les quatre provinces canadiennes étudiées, lesquelles ont été choisies en raison de l'importance de leur population, de la diversité des secteurs d'activité s'y trouvant et de la pertinence de la jurisprudence eu égard au travail transfrontalier. Une attention particulière a mérité la situation dans l'Union européenne, qui a harmonisé le droit international privé sur les contrats individuels de travail. L'approche comparative a servi à mettre en dialogue les différents instruments de coordination examinés en vue d'identifier les convergences, les lacunes, les contradictions et les points controversés dans le traitement du télétravail transfrontalier.

Cette démarche méthodologique a favorisé le développement d'un raisonnement critique sur l'adéquation de la réponse juridique actuelle à l'objectif d'assurer la meilleure protection au télétravailleur salarié, menant à discerner des futures priorités de recherche visant à améliorer la coordination des règles applicables dans ce domaine. Toutefois, la méthodologie choisie se limite à broser un tableau de l'état des connaissances en droit sur le sujet. Des recherches complémentaires seront nécessaires dans le but d'approcher la protection du télétravailleur sous un angle interdisciplinaire, qui mettent en relation d'autres normes juridiques régulant directement ou indirectement la relation transfrontalière de travail (par exemple, celles régissant la santé au travail, les rapports collectifs de travail, les régimes de sécurité sociale rattachés au contrat de travail, la fiscalité, l'immigration, etc.), et qui comprennent des enquêtes qualitatives auprès des différentes parties prenantes impliquées dans des relations de travail de ce type (télétravailleurs salariés, employeurs dans divers secteurs, décideurs, etc.).

2. L'appréhension du télétravail par le droit du travail

2.1. Les formes de réglementation du télétravail au Canada

Contrairement à de nombreux autres pays³⁹, dans les quatre provinces étudiées, soit le Québec, l'Ontario, l'Alberta et la Colombie-Britannique, la législation en matière de normes minimales d'emploi ne tient pas compte de la spécificité du télétravail. Nous pouvons toutefois constater que la pandémie de la COVID-19 a provoqué une discussion sur l'opportunité de réglementer plus directement le télétravail salarié⁴⁰. Bien que les lois sur les normes d'emploi et d'autres lois du travail s'appliquent aux situations de télétravail salarié, elles ne tiennent pas compte de l'évolution rapide des TIC et de nouvelles réalités constatées avec l'expansion du télétravail comme la responsabilité des coûts liés aux outils nécessaires à l'exécution du travail (ordinateur, téléphone mobile, connexion internet, etc.)⁴¹. Il existe peu de littérature offrant une étude approfondie des multiples enjeux juridiques du télétravail en lien avec la législation du travail en vigueur au Canada⁴².

La voie législative n'est cependant pas le seul moyen d'encadrer le télétravail. De nombreuses conventions collectives contiennent des dispositions sur le sujet. Encore une fois, il existe peu d'études approfondies sur la régulation du télétravail par la voie de la négociation collective,⁴³ mais la pandémie va certainement accélérer l'inclusion de clauses sur le télétravail dans les conventions collectives⁴⁴. Des politiques de télétravail sont également en place dans de nombreuses entreprises et les différents paliers de l'administration publique⁴⁵. Avec la pandémie, on a vu une multiplication de guides de bonnes pratiques sur le télétravail, notamment en matière de santé et sécurité du travail, sur les sites gouvernementaux et de divers organismes⁴⁶.

Le télétravail soulève des enjeux juridiques en droit interne dans divers sous-champs du droit régissant les rapports de travail, comme la syndicalisation et la négociation collective, la prévention et l'indemnisation des lésions professionnelles, son utilisation comme moyen d'accommodement raisonnable d'un salarié en situation de handicap, etc. Vu l'ampleur de la recherche possible dans ces autres sous-champs, nous avons choisi de nous concentrer sur la législation en matière de normes minimales d'emploi pour explorer le télétravail transfrontalier.

2.2. Le télétravail appréhendé par la législation provinciale sur les normes minimales d'emploi

L'inégalité des parties au contrat de travail et la nécessité de favoriser une interprétation des lois qui remédie, du moins en partie, à cette inégalité, ont été maintes fois confirmées,

³⁹ Voir Sanz et al 2021, *supra* note 31.

⁴⁰ À titre d'exemple, en 2020 les partenaires sociaux et le gouvernement provincial ont produit un avis sur la régulation du télétravail, préconisant la conclusion d'ententes-cadres et l'adoption de politiques, au lieu de l'introduction de modifications législatives pour encadrer le télétravail: voir Québec, Ministère de Travail, de l'Emploi et de la Solidarité sociale, [Avis sur le télétravail, par le Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre](#), Québec, Publications du Québec, 13 octobre 2020.

⁴¹ Sur cette question, voir notamment K. Lemieux, *Les risques économiques du télétravail salarié au Québec*, Mémoire de maîtrise en droit, Université du Québec à Montréal, août 2021 [Lemieux 2021].

⁴² L'étude la plus complète répertoriée date de vingt ans et ne porte que sur le Québec: Desmarais et al, *Enjeux juridiques*, *supra* note 4.

⁴³ Voir toutefois l'analyse des conventions collectives dans Lemieux 2021, *supra* note 41.

⁴⁴ Voir, à titre d'exemples: [National Union of Public and General Employees \(NUPGE\), « Working from Home: Considerations for Unions »](#), Ottawa, 2021; SEP-B-Québec, [« Guide sur le télétravail »](#), Montréal, 2021.

⁴⁵ Voir notamment la [« Directive du télétravail »](#), Conseil du Trésor, Gouvernement du Canada (à jour en 2020).

⁴⁶ Voir par exemple les sites de [la Commission des normes, de l'équité et de la santé et sécurité du travail \(CNESST\)](#), [Télétravail](#), 2021 et du [Centre canadien d'hygiène et de sécurité au travail](#), [Le télétravail](#), 2021.

notamment par la Cour suprême du Canada⁴⁷. C'est dans cette optique que les lois sur les normes d'emploi garantissent un seuil minimum de conditions de travail, auxquelles, les parties ne peuvent déroger, en raison de leur caractère d'ordre public⁴⁸. Ces lois impératives portent notamment sur la garantie d'un salaire minimum, la limitation du temps de travail, le droit à des congés (jours fériés, vacances, en cas de maladie ou absence pour maternité ou parentalité), l'obligation de l'employeur de donner un avis en cas de licenciement et la protection contre des représailles pour avoir exercé un droit prévu par la loi⁴⁹. Des différences existent néanmoins entre les lois provinciales: par exemple, contrairement au Québec et à l'Alberta, en Ontario et en Colombie-Britannique, le législateur a établi des dispositions particulières sur le travail à domicile.

Il importe aussi de se rappeler que de nombreuses règles de *common law* et de droit civil régissant le contrat de travail au Canada sont également impératives. En *common law* par exemple, l'obligation de donner un délai-congé constitue une clause implicite et impérative du contrat de travail⁵⁰. Dans le chapitre sur le contrat de travail dans le Code civil du Québec, l'obligation de l'employeur de donner un délai-congé en cas de fin d'emploi est une norme d'ordre public⁵¹ qui va au-delà des prescriptions minimales contenues dans la *Loi sur les normes du travail* (LNTQ) en matière d'avis de cessation d'emploi.

En Colombie-Britannique, le *British Columbia Employment Standards Act* (BCESA) prévoit son application à tout employé qui n'y est pas exclu par la loi elle-même ou par règlement⁵². La définition du terme « travail » (*work*) est la suivante : « le travail ou les services qu'un employé exécute pour un employeur, que ce soit dans sa résidence ou ailleurs »⁵³, éliminant ainsi tout doute quant à l'application de la loi au télétravail effectué à domicile. L'*Alberta Employment Standards Code* (AESC) s'applique à tout employeur et employé dans la province⁵⁴. La loi ne comporte pas de dispositions particulières concernant le travail à domicile ou sur la caractérisation du domicile comme un lieu de travail aux fins de la loi. La *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario (LNEO) prévoit explicitement qu'un « travailleur à domicile » est un « employé » au sens de la loi, le « travailleur à domicile » étant défini comme le « particulier qui exécute un travail en échange d'une rémunération dans des locaux qu'il occupe principalement comme logement »⁵⁵. Cette définition a été interprétée de façon large et comprend le télétravailleur exécutant son travail à domicile⁵⁶. Enfin, la *Loi sur les normes du travail du Québec* (LNTQ) s'applique au salarié, « quel que soit l'endroit où il exécute son travail » au Québec, ce qui comprend son domicile ou tout

⁴⁷ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alberta)*, [1987] 1 RCS 313, par 23, 87, 92; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 RCS 701, par 91-95; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, par 55.

⁴⁸ *British Columbia Employment Standards Act*, RSBC, c. 113, art 4 [BCESA]; *Alberta Employment Standards Code*, RSA 2000, c. E-9, art 4 [AESC]; *Loi sur les normes d'emploi*, LO 2000, c. 41, art 5 [LNEO], *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, art 93 [LNTQ].

⁴⁹ Sur leur application dans des rapports transfrontaliers, voir *infra*, sous-sections 3.1 C et 3.2 C.

⁵⁰ *Machtiger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; D. D. Buchanan, « Defining Wrongful Dismissal: The Alberta Schism », (2019) 57-1 *Alberta Law Review* 95, pour une discussion de la jurisprudence divergente sur cette question en Alberta.

⁵¹ *Isidore Garon Ltée c. Tremblay, Fillion et Frères (1976) Inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec Inc.*, 2006 CSC 2, par. 35-37. Voir CCQ, art 2091 et 2092, et LNTQ, art 82 et ss.

⁵² BCESA, art 3(1). La loi prévoit également des obligations particulières pour les employeurs de travailleurs à domicile (tenue d'un registre: art 15), lesquelles ne s'appliquent que dans l'industrie du textile et qui sont détaillées dans la *Employment Standards Regulation*, B.C. Reg. 396/95, art 13 et 14.

⁵³ BCESA art 1 (notre traduction).

⁵⁴ RSA 2000, Chap. E-9 (AESC), art 2(1).

⁵⁵ LNEO, art 1 sous « employé » et « travailleur à domicile ». La notion d'« établissement » dans la loi ne semble pas comprendre dans tous les cas le domicile où un employé effectue son travail (voir l'art 1 sous « établissement ». Voir Ministère du Travail et de l'Emploi, *Guide de politique et d'interprétation de la Loi sur les normes d'emploi*, à jour en janvier 2020, sous « Partie I- Définitions, établissement » [Guide Ontario].

⁵⁶ Guide Ontario, *supra* note 55, sous « Partie I- Définitions, travailleur à domicile ». La loi (art 15) et le règlement (*Employment Standards Regulation*, O. Reg. 285101, art 12) prévoient également des règles particulières concernant l'enregistrement des salariés à domicile, le calcul de leur salaire, etc.

autre endroit dans la province à partir duquel il accomplit sa prestation de travail⁵⁷. Ne sont pas visés les salariés qui sont exclus par la loi elle-même ou par une autre loi⁵⁸. Les législations provinciales ne s'appliquent pas aux salariés et aux employeurs qui sont assujettis aux lois fédérales du travail, ni à ceux qui sont exclus par les lois elles-mêmes.

A. Les disparités de traitement

Dans la contextualisation de la problématique nous avons évoqué la possibilité d'une disparité de traitement envers les télétravailleurs d'une entreprise se trouvant dans un État offrant une protection moindre aux salariés, en comparaison avec les salariés travaillant dans le pays où se trouve l'établissement de l'employeur, que ce soit dans ses locaux ou ailleurs, et jouissant des conditions plus favorables. La question de la disparité de traitement selon le statut ou la situation d'emploi d'un salarié peut également se présenter entre les télétravailleurs et les salariés sur place chez l'employeur dans un contexte national. Nous verrons plus loin que cette question a été traitée dans une convention internationale du travail relative au travail à domicile et dans un accord-cadre européen sur le télétravail, mais au Canada de telles dispositions sont encore à un stade embryonnaire.

Dans la *Loi sur les normes du travail* du Québec, une modification législative a été introduite en 2018 qui prévoit qu'un employeur « ne peut accorder à un salarié un taux de salaire inférieur à celui consenti à ses autres salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement uniquement en raison de son statut d'emploi [...] »⁵⁹. Bien qu'utilisée, la notion d'« établissement » n'est pas définie dans la loi, mais le guide d'interprétation administrative, en faisant référence à la jurisprudence, indique qu'elle doit recevoir une interprétation large⁶⁰. Nous n'avons pas répertorié de la jurisprudence confirmant que le télétravail est compris dans la notion de « statut d'emploi » et qu'un télétravailleur à domicile travaille dans le « même établissement » que les autres salariés, mais l'inclusion de cette notion dans la disposition interdisant les disparités de traitement est encore très récente⁶¹. Auparavant la disposition, adoptée initialement en 1990, ne s'appliquait qu'à la différence de salaire basée sur le nombre d'heures habituellement travaillées dans une semaine et comportait d'autres limites. La portée de la disposition plus récente demeure néanmoins très restreinte puisqu'elle ne s'applique qu'au taux de salaire et pas aux autres conditions de travail, et exige que les salariés effectuent les mêmes tâches dans le même établissement, tout en permettant des disparités pour d'autres motifs⁶².

En 2018, une disposition semblable a été intégrée au Code canadien du travail dans sa Partie III portant sur les normes minimales d'emploi⁶³. Parmi les autres provinces que nous avons étudiées, une disposition similaire a aussi été introduite dans la *Loi sur les normes d'emploi de l'Ontario*, mais elle a été abrogée un an plus tard⁶⁴. Alors que l'on retrouve

⁵⁷ LNTQ, art 2.

⁵⁸ CNESST, *Guide Interprétation et jurisprudence des normes du travail*, sous Chapitre II – Le champ d'application (art 3 et interprétation) [Guide Québec].

⁵⁹ LNTQ, art 41.1.

⁶⁰ Guide Québec, *supra* note 58, sous art 41.1.

⁶¹ Ces questions ont été soulevées en commission parlementaire: Assemblée nationale du Québec, « Étude détaillée du projet de loi n° 176, Loi modifiant la Loi sur les normes du travail et d'autres dispositions législatives afin principalement de faciliter la conciliation famille-travail », *Journal des débats de la Commission de l'économie et du travail*, 41^e législature, 1^{re} session, mardi 5 juin 2018 (19h40).

⁶² Guide Québec, *supra* note 58, sous art 41.1; *La Maison Simons inc. c. Commission des normes du travail*, 1995 CanLII 4960 (QCCA).

⁶³ LRC (1985), ch L-2, art. 182.1.

⁶⁴ *Loi de 2017 pour l'équité en milieu de travail et de meilleurs emplois*, L.O. 2017, chap. 22 - Projet de loi 148, sanctionnée le 27 novembre 2017, 42.1 ; abrogée par *Loi de 2018 pour un Ontario ouvert aux affaires*, L.O. 2018, chap. 14 - Projet de loi 47, sanctionnée le 21 novembre.

l'interdiction de disparités de traitement fondées sur le statut d'emploi dans de nombreuses lois étrangères, notamment en Europe, ce principe peine à s'établir au Canada dans les lois sur les normes d'emploi.

B. Les instances chargées de l'application des lois sur les normes minimales d'emploi

En Colombie-Britannique, Alberta et Ontario, les directions des normes d'emploi des ministères du travail provinciaux sont responsables de l'application de la loi. Les directions sont des instances neutres, indépendantes des salariés et des employeurs. Les fonctions et les pouvoirs des directions sont prévus dans les lois elles-mêmes: elles sont responsables de la mise en œuvre et de la surveillance de l'application des lois et de leurs règlements et à ce titre, ont une compétence exclusive pour investiguer les infractions à la loi, recevoir les réclamations des salariés et les sommes qui leur sont dues en vertu de la loi et pour déterminer tout remède indiqué⁶⁵. Les directions des normes d'emploi peuvent ensuite déposer de telles ordonnances devant un tribunal de droit commun compétent pour les rendre exécutoires⁶⁶. Les ordonnances des directions des normes d'emploi peuvent être portées en appel par le salarié ou par l'employeur devant un tribunal administratif spécialisé, lequel a une compétence exclusive pour entendre les appels des décisions des directions des normes d'emploi et dont la décision est finale⁶⁷.

Au Québec, la mise en œuvre et la surveillance de l'application de la loi sont assurées par la Commission des normes, de l'équité et de la santé et sécurité du travail (CNESST), une agence gouvernementale distincte du ministère du Travail, contrairement aux autres provinces, avec son propre conseil d'administration et un financement assuré par les cotisations des employeurs⁶⁸. Le mandat de la CNESST est semblable à celui des directions des normes d'emploi dans les autres provinces à plusieurs égards relatif à la mise en œuvre et la surveillance de l'application de la loi. Les procédures en cas de violation des normes d'emploi comportent cependant plusieurs différences. Lorsqu'une violation d'une norme du travail est alléguée par un salarié, les démarches diffèrent selon le type d'infraction. En matière de réclamations monétaires, la CNESST peut établir la réclamation, mais en cas de non-paiement par l'employeur, elle devra intenter une poursuite devant les tribunaux de droit commun⁶⁹. S'il s'agit d'une infraction à la loi liée à des représailles pour des motifs prévus à la loi ou en cas de harcèlement psychologique ou de congédiement sans cause juste et suffisante⁷⁰ (les recours visant ces deux dernières situations ne sont pas prévus aux lois sur les normes d'emploi de la Colombie-Britannique, l'Alberta ou l'Ontario), le salarié devra intenter son recours devant le Tribunal administratif du travail, un tribunal spécialisé ayant compétence en ces matières et dont les décisions sont finales⁷¹.

⁶⁵ Colombie-Britannique : art 74 et 84ss; Alberta : art 68, 75 et ss; Ontario, art 84-95 et 101.1 ss. Sur le rôle de la direction des normes d'emploi en Colombie-Britannique, voir notamment : *Macaraeg v. E. Care Contact Centres Ltd.*, 2008 BCCA 182 at para. 86, leave to appeal ref'd [2008] S.C.C.A. No. 293 (compétence exclusive de la direction [*Macaraeg*]).

⁶⁶ LNEO art 97 et 126.

⁶⁷ BCESA, art 110 et 112-116 (British Columbia Employment Standards Tribunal); Alberta art 95 ss, 107(3) (Alberta Employment Standards Appeals Body); Ontario 115.1 et ss et 119(13) et (14) (Commission des relations du travail de l'Ontario). Dans des cas très limités, ces décisions peuvent faire l'objet d'une révision judiciaire devant les cours supérieures de droit commun (voir notamment *Beach Place Ventures Ltd. v. British Columbia (Employment Standards Tribunal)* 2020 BCSC 327, par 21-35.

⁶⁸ LNTQ, art. 6, 8, 39.0.1 to 39.0.5.

⁶⁹ LNTQ, art 98 et ss.

⁷⁰ LNTQ, art 122 à 131.

⁷¹ *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, RLRQ, c T-15.1, art 1 et Annexe 1 (5(16)) (un arbitre de grief est compétent si le salarié est syndiqué), LNTQ, art 123.4, 123.14 et 127. Dans les provinces de *common law*, un salarié peut exercer un recours pour être indemnisé en cas de congédiement injuste, mais ce recours sera entendu par un tribunal de droit commun, aux frais du salarié.

Sous certaines conditions, un salarié conserve néanmoins son droit d'intenter une action contre son employeur devant un tribunal de droit commun pour récupérer des sommes dues par son employeur en vertu des lois sur les normes d'emploi⁷², pourvu que ces lois lui soient applicables. Il peut également saisir un tribunal de droit commun pour faire reconnaître des droits non prévus aux lois sur les normes d'emploi ou pour obtenir, par exemple, un délai-congé raisonnable en cas de fin d'emploi à l'initiative de l'employeur selon les règles de droit commun régissant les contrats de travail. De tels recours seront toutefois aux frais du salarié. À ce titre, il importe de souligner que les régimes institués sous les lois sur normes minimales d'emploi visent à faciliter l'accès à la justice des salariés. Dans les provinces de *common law*, le salarié n'aura à déboursier que s'il veut être représenté par un avocat devant les tribunaux spécialisés d'appel des décisions des directions des normes d'emploi⁷³. Au Québec, la CNESST prend fait et cause pour le salarié devant le tribunal de droit commun dans le cas d'une poursuite découlant d'une réclamation monétaire de sommes dues en vertu de la LNTQ et il n'aura pas à déboursier pour se faire représenter ou pour les frais judiciaires et autres. S'il s'agit d'un recours suite à des représailles interdites par la loi, à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante, ou en cas de harcèlement psychologique, un avocat de la CNESST représente le salarié sans frais devant le tribunal spécialisé⁷⁴. La prise en charge d'une grande partie des coûts afférents à l'exercice des droits prévus aux lois sur les normes d'emploi contribue à l'effectivité des normes minimales d'emploi.

2.3. La réglementation du télétravail en droit international et européen

Sous l'impulsion des représentants des milliers de -principalement- travailleuses à domicile précaires dans les pays du Sud et du Nord⁷⁵, en 1996, l'Organisation internationale du travail a adopté la Convention n° 177 sur le travail à domicile et la Recommandation no 184 sur le travail à domicile⁷⁶ établissant des normes internationales sur cette forme de travail hétérogène présente dans le secteur manufacturier et le secteur des services, dans l'économie informelle comme l'économie formelle⁷⁷. L'adoption de ces instruments internationaux s'inscrivait dans le développement d'une série d'instruments internationaux visant à tenir compte de formes dites atypiques d'emploi dont les modalités et les conditions de travail laissaient -et laissent encore aujourd'hui- bon nombre de travailleurs aux marges des normes internationales et nationales du travail existantes⁷⁸. D'autres conventions et recommandation ont ainsi été adoptées à la même époque sur le travail à temps partiel (Convention n° 175, 1994) et le travail par l'entremise des agences d'emploi privées (Convention n° 181, 1997). Bien que peu ratifiées par les États membres⁷⁹, ces conventions

⁷² Voir BCESA, art 118; AESC, art 3(1)a; LNEO, art 8; « Right to Sue Preserved » - Act Part 14, Section 118, Guide to the Employment Standards Act and Regulation, mise à jour continue, en ligne: <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/employment-business/employment-standards-advice/employment-standards/forms-resources/igm>.

⁷³ Les lois sur les normes d'emploi ne prévoient pas qu'un salarié sera représenté gratuitement par une entité autre que la direction des normes d'emploi, la représentation de cette dernière se terminant lorsqu'elle devient une partie au litige devant le tribunal d'appel. Un regard rapide sur les décisions rendues par ces tribunaux nous permet de constater que le salarié ne semble pas être représenté.

⁷⁴ LNTQ, art 123.5, 123.13 et 126.1.

⁷⁵ E. Boris, « Recognizing the Home Workplace: Making Workers through Global Labor Standards », dans B. English, M. E. Frederickson et O. Sanmiguel-Valderrama, éd., *Global Women's Work. Perspectives on Gender and Work in the Global Economy*, Routledge, 2019, 17 aux pp 19-20.

⁷⁶ Ces instruments sont disponibles dans la base de données NORMLEX de l'Organisation internationale du travail.

⁷⁷ Voir K. Sankaran, « The ILO, Women and Work: Evolving Labor Standards to Advance Women's Status in the Informal Economy », (2002) 3:3 *Georgetown Journal of Gender & the Law* 851 [Sankaran 2002].

⁷⁸ Sankaran 2002, *supra* note 77.

⁷⁹ En juin 2021, la Convention n° 177 sur le travail à domicile n'avait recueilli que 11 ratifications; le Canada n'est pas parmi les pays qui l'ont ratifiée.

ont en commun un objectif de promouvoir l'élimination des disparités de traitement subies par les travailleurs occupant ces types d'emplois.

La définition de « travail à domicile » qui se trouve dans la Convention n° 177 sur le travail à domicile (art 1) est large et désigne tout travail, y compris du télétravail, effectué par un travailleur salarié « à son domicile ou dans d'autres locaux de son choix, autres que les locaux de travail de l'employeur ». La Convention n° 177 laisse aux États la décision d'étendre la portée de la convention aux non-salariés en fonction de la législation et la jurisprudence nationales, laissant entière la problématique de l'existence d'une zone grise dans la qualification du statut de ces travailleurs, entre celui de salarié et d'entrepreneur indépendant⁸⁰. Est exclu toutefois de la définition le salarié qui ne fait qu'occasionnellement du travail à domicile pour le compte de son employeur. En ratifiant la Convention, les États s'engagent à adopter et mettre en œuvre une politique nationale sur le travail à domicile qui vise l'égalité de traitement entre les travailleurs à domicile et ceux qui travaillent dans les locaux de l'employeur, en ce qui concerne notamment l'organisation syndicale et la négociation collective, l'interdiction de la discrimination en emploi, la santé et sécurité du travail, la rémunération et la protection de la maternité⁸¹. Au moment de l'adoption de la Convention n° 177 il y avait maintenant 25 ans, alors que le Gouvernement canadien et les représentants des travailleurs se sont montrés favorables à la définition large donnée à la notion de travail à domicile, les employeurs canadiens s'y étaient opposés, car ils la considéraient comme étant trop large en y incluant des travailleurs dans des situations d'extrême vulnérabilité, dans certains secteurs industriels, par exemple, tout comme des travailleurs parfois hautement qualifiés exécutant du télétravail⁸².

Depuis plusieurs années, et surtout depuis le début de la pandémie mondiale en 2020, l'Organisation internationale du travail se soucie à nouveau de la question du travail à domicile avec l'expansion de sa forme plus moderne, le télétravail à domicile. Pour le moment, il n'existe aucune norme de l'organisation visant le télétravail, quoique, outre la Convention n° 177, plusieurs normes existantes sont pertinentes pour réglementer certains de ses aspects, entre autres en matière de santé au travail, d'heures de travail et de congés⁸³. Avec l'inéluctable expansion du télétravail dans les prochaines années et le développement de législations et d'autres formes de régulation du télétravail à l'échelle nationale dans une panoplie de pays⁸⁴, la réflexion continuera sans doute sur l'opportunité ou non de proposer une normativité internationale sur la question. Or, pour le moment, il n'existe pas encore de réglementation internationale visant spécifiquement le télétravail transfrontalier.

Déjà vers l'an 2000, les partenaires sociaux et les gouvernements en Europe ont souligné la nécessité de mieux réglementer le télétravail⁸⁵, lequel comportait plusieurs des caractéristiques du travail à domicile plus traditionnel, mais qui présentait de nouvelles questions relatives à la réglementation des relations et des conditions de travail. C'est donc en 2002 que les partenaires sociaux européens ont adopté l'Accord-cadre sur le télétravail⁸⁶. Celui-ci ne s'applique qu'au télétravail salarié régulier et prévoit notamment que

⁸⁰ Sankaran 2002, *supra* note 77.

⁸¹ Convention n° 177, art 4.

⁸² Bernstein et al, Travail à domicile, *supra* note 4, à la p 25.

⁸³ Voir notamment BIT, *Working from home: From invisibility to decent work*, Genève, BIT, 2021.

⁸⁴ BIT et G20, *supra* note 1, à la p 11.

⁸⁵ S. Clauwaert, « New Landmark in the EU Social Dialogue: The Telework Agreement », (2002) 8:3 *Transfer. European Review of Labour and Research* 540 [Clauwert 2002].

⁸⁶ Les signataires étaient la Confédération européenne des syndicats (CES), l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe / Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UNICE/UEAPME) et le Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP). Voir Clauwert 2002, *supra* note 85.

le télétravail doit être volontaire pour le salarié et l'employeur, l'interdiction de disparités de traitement entre télétravailleurs et les autres salariés, la responsabilité de la prise en charge des coûts liés au télétravail, la protection de la santé et de la sécurité des télétravailleurs et les droits collectifs des télétravailleurs. Il a été intégré dans le droit du travail des pays de l'Union européenne, par voie législative ou par la négociation collective⁸⁷, mais l'accord n'aborde pas spécifiquement la question du télétravail transfrontalier. Un autre accord-cadre sur la « digitalisation » a été adopté en 2020 et prévoit, entre autres, les limites à la surveillance virtuelle des employés et le « droit à la déconnexion », ce dernier sujet étant souvent abordé dans la littérature sur le télétravail, mais ne fait pas l'objet de ce rapport⁸⁸.

3. Régime juridique du télétravail transfrontalier au Canada et en Europe

Cette partie est consacrée à l'explication du régime applicable aux situations impliquant l'exécution du télétravail au-delà des frontières de l'État où l'employeur a son domicile ou son établissement. Seront abordées premièrement les règles qui déterminent la compétence des autorités pour se prononcer sur un litige portant sur un rapport de travail transfrontalier. Ensuite, il sera question d'identifier la loi applicable au contrat de travail, soit la loi interne du pays du tribunal, soit une loi étrangère étroitement rattachée au litige. Or dans le contexte canadien, les lois encadrant les conditions minimales d'emploi répondent à leurs propres critères d'application territoriale, tant sur le plan des droits et des obligations des parties que sur celui de l'autorité pouvant statuer sur les demandes relevant de ces lois impératives de protection. Ce régime spécial sera traité après avoir exposé le régime ordinaire des conflits des lois et de juridictions au Canada.

3.1. Provinces de *common law*

A. La compétence en matière de télétravail transfrontalier sous le prisme du lieu d'exécution du travail

Le régime de la compétence judiciaire internationale dans les provinces canadiennes de *common law* se divise essentiellement en deux modèles: le système statutaire issu de la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* (ci-après, CJPTA) (adopté par la Colombie-Britannique, la Saskatchewan, la Nouvelle-Écosse et le Yukon), et le système de *common law* suivi par le reste des provinces et territoires, sauf le Québec. Dans le système statutaire, les facteurs de rattachement juridictionnels sont essentiellement regroupés en fonction de trois grandes catégories: (1) soumission du défendeur (le salarié ou l'employeur, ce dernier étant le plus souvent défendeur dans le cadre d'un litige en matière de travail) aux autorités de la province, (2) résidence du défendeur dans la province, et (3) existence d'un lien réel et substantiel entre la province et le litige⁸⁹. Cette dernière exigence se concrétise en une série de critères non limitatifs, dépendant de la nature de l'action, le tribunal pouvant élaborer des facteurs additionnels susceptibles de fonder une présomption de ce lien significatif avec le territoire de la province.

Pour leur part, dans les provinces n'ayant pas adopté la CJPTA, les tribunaux assument compétence dans un litige transfrontalier sur le fondement de la *common law*, qui a perfectionné les méthodes de détermination de la compétence, afin de rendre le système

⁸⁷ Voir Sanz et al 2021, *supra* note 31; T. P. Larsen et S. K. Andersen, « A New Mode of European Regulation? The Implementation of the Autonomous Framework Agreement on Telework in Five Countries », (2007) 13:2 *European Journal of Industrial Relations* 181.

⁸⁸ European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation, Confédération des syndicats européens, BusinessEurope, SME United, CEEP, juin 2020.

⁸⁹ S. 3 CJPTA.

plus prévisible et uniforme. Depuis l'arrêt *Club Resorts* de la CSC en 2012⁹⁰, le test relatif au lien réel et substantiel entre la province et le litige ne permet pas à un tribunal de se déclarer compétents sur la base d'une combinaison d'éléments appréciés de façon discrétionnaire au cas par cas. Il est désormais nécessaire de prouver l'existence de critères objectifs préétablis qui justifient l'existence de ce lien réel et substantiel entre le tribunal et les faits de l'affaire⁹¹. La liste de ces facteurs présomptifs de compétence est appelée à évoluer, d'autres critères pouvant être envisagés par la jurisprudence à cet effet⁹². Les facteurs bénéficiant d'une telle reconnaissance au sein de la CJPTA s'avèrent sans doute une source d'inspiration dans cette démarche⁹³. Il convient par ailleurs de noter que ce nouveau système n'écarte pas les critères traditionnels d'attribution de compétence en *common law* à l'égard d'un défendeur présent dans la province ou se soumettant volontairement aux autorités de celle-ci (« *presence-based jurisdiction* » et « *consent-based jurisdiction* »)⁹⁴.

Étant donné l'absence de règles particulières de compétence concernant les relations d'emploi, aucun des deux modèles référés ne contient une disposition équivalente à celle de l'art. 3149 C.c.Q., en faveur de la province de résidence de l'employé demandeur, ou à celle de l'art. 21, § 1 b), i) du Règlement Bruxelles I bis (RBIbis), désignant le lieu d'accomplissement du travail, lorsque l'employé est le demandeur⁹⁵. Cependant, l'application du test des liens réels et substantiels permet d'aboutir à la compétence des autorités correspondant au lieu du travail, à travers un raisonnement différent.

En vertu de la disposition de la CJPTA contenant la liste de facteurs qui établissent une présomption de lien réel et substantiel, les tribunaux d'une province peuvent se déclarer compétents pour connaître d'un litige portant sur un contrat de travail, lorsque les obligations en résultant doivent être accomplies dans la province⁹⁶. Ce critère présomptif de compétence est interprété par les tribunaux de façon à assurer le respect des attentes légitimes des parties au moment de l'échange des consentements, en tenant compte du contrat dans son ensemble et de la nature des obligations en découlant⁹⁷. Il en résulte que le lieu d'exécution des obligations doit avoir été envisagé par les parties, que ce soit de façon expresse par une clause de la convention ou de façon implicite, en fonction de ce que les parties avaient pu raisonnablement contempler lors de la formation du contrat.

⁹⁰ *Club Resorts Ltd. c Van Breda*, 2012 CSC 17 (CanLII), [2012] 1 RCS 572 [*Club Resorts*]. Cet arrêt ne portait pas sur un litige en matière de travail.

⁹¹ La Cour suprême a retenu les facteurs suivants dans une situation portant sur la réparation des dommages non contractuels: a) le défendeur a son domicile dans la province ou y réside; b) le défendeur exploite une entreprise dans la province; c) le délit a été commis dans la province; d) un contrat lié au litige a été conclu dans la province (*Club Resorts*, *supra* note 90 au para 90).

⁹² Tel que le précise la CSC, *Club Resorts*, *supra* note 90 au para 82. Dans l'établissement de nouveaux facteurs de compétence, « les tribunaux devraient envisager des liens qui révèlent avec le tribunal un rapport de nature semblable à ceux qui découlent des facteurs qui figurent sur la liste. Les considérations suivantes pourraient s'avérer pertinentes : a) la similitude du facteur de rattachement avec les facteurs de rattachement reconnus créant une présomption; b) le traitement du facteur de rattachement dans la jurisprudence; c) le traitement du facteur de rattachement dans la législation; d) le traitement du facteur de rattachement dans le droit international privé d'autres systèmes juridiques qui ont en commun avec le Canada les valeurs d'ordre, d'équité et de courtoisie » (par. 91).

⁹³ Stephen G.A. Pitel, *Six of One, Half a Dozen of the Other? Jurisdiction in Common Law Canada*, (2018) 55 *Osgoode Hall LJ* 63, au para 22 [Pitel, « Six of One »].

⁹⁴ *Chevron Corp. c Yaiguaje*, 2015 CSC 42 (CanLII), [2015] 3 RCS 69 au para 84.

⁹⁵ Suggère l'adoption d'une règle spéciale à cet effet, Janet Walker, « Judicial Jurisdiction in Canada: The CJPTA. A Decade of Progress », (2018) 55:1 *Osgoode Hall Law Journal* 9 à la p 29.

⁹⁶ S. 10(e)(i) CJPTA.

⁹⁷ *Murray Market Development Inc. v Casa Cubana*, 2018 BCSC 565, at para 22; *JTG Management Services Ltd. v. Bank of Nanjing Co. Ltd.*, 2015 BCCA 200 at para 36-37; *North America Steamships Ltd. v. HBC Hamburg Bulk Carriers GmbH & Co. KG.*, 2010 BCCA 501, at para. 16; *Ferrari v. Feurer*, 2020 YKSC 29, at para 45 ss.

En matière de contrats de travail, le critère du lieu d'exécution des obligations conduirait à attribuer la compétence aux tribunaux de la province dans laquelle le travailleur accomplit une partie substantielle de ses activités, indépendamment du lieu où l'employeur a son siège ou son établissement⁹⁸. Lorsque la compagnie embauche un employé qui, dès le début du contrat, fournit ses services à distance, par le biais des technologies de l'information et de la communication, les attentes des parties quant au lieu d'exécution du travail doivent normalement pointer vers le lieu du domicile du salarié. Il a été considéré ainsi dans deux arrêts de la Cour suprême de la Colombie-Britannique impliquant des télétravailleurs accomplissant leurs fonctions depuis leurs logements en Colombie-Britannique⁹⁹. Alors que dans le premier cas, les clients qui avaient bénéficié des services de l'employé étaient tous localisés en Colombie-Britannique, dans le deuxième, le télétravailleur avait été désigné comme un agent de ventes pour la région ouest du Canada, et le travail à l'extérieur de la province ne représentait qu'une infime portion du temps de travail. Le degré de prévisibilité attendu de ce critère de compétence pourrait, par contre, empêcher la localisation de la prestation de travail dans un lieu choisi par le télétravailleur pendant le cours du contrat, sans le consentement exprès ou tacite de l'employeur. On peut, par exemple, penser à un changement transfrontalier du domicile de l'employé autorisé à télétravailler depuis son logement, ou au cas des nomades numériques, qui n'ont besoin que d'une bonne connexion à Internet pour « installer » leur bureau de travail dans un lieu de « *workation* » quelconque. Une solution dépendante de la décision unilatérale du télétravailleur sur le lieu de réalisation du travail conduirait à assigner la compétence juridictionnelle d'une manière imprévisible et changeante, au gré de ses déplacements internationaux.

En *common law*, le lieu d'exécution des obligations ne constitue pas un facteur autonome dans le cadre analytique de l'arrêt *Club Resorts*. Or, sa pertinence en matière contractuelle peut justifier sa reconnaissance par la jurisprudence au titre des facteurs présomptifs des liens réels et substantiels entre le litige et le tribunal saisi. Certaines provinces n'ayant pas adopté la CJPTA incluent ce critère dans la liste des rattachements utilisés par les règles de procédure gouvernant l'assignation des défendeurs qui n'y sont pas domiciliés. La Cour suprême a expressément indiqué que, même si ces dispositions ne sont pas conçues pour régler la compétence en droit international privé, elles peuvent orienter les juges dans la création de nouveaux rattachements juridictionnels¹⁰⁰.

On peut observer que le lieu d'accomplissement du travail dans la province peut avoir un impact indirect sur l'appréciation d'un autre facteur de compétence, lorsque le litige concerne l'exploitation d'une entreprise (« *carrying on business in the province* ») par le défendeur. Ce critère est reconnu expressément aussi bien en *common law* que sous le régime de la CJPTA¹⁰¹. Il s'agit d'un facteur de compétence différent de celui basé sur la « résidence ordinaire » du défendeur dans la province suivant la CJPTA, qui implique, dans le cas des personnes morales, le fait d'y posséder une « place of business », l'administration centrale, un bureau enregistré, une adresse ou un agent pour l'assignation des procédures¹⁰². Il est donc permis de considérer d'autres aspects pour déterminer si une compagnie « fait affaires » dans un territoire donné. Parmi ces aspects, la présence d'employés dans la province peut se révéler un indice privilégié dans l'évaluation globale des circonstances. En ce sens, on peut considérer qu'une entreprise extraprovinciale y

⁹⁸ *Moore v NextEnergy Inc.*, 2012 BCSC 458 au para 47.

⁹⁹ *Bouchard v Facility Condition Assessment Portfolio Experts Ontario Ltd.*, 2021 BCSC 457; *Nowak v Biocomposites Inc.*, 2018 BCSC 785 [*Nowak*].

¹⁰⁰ *Club Resorts*, *supra* note 90 au para 83. En Alberta, ce facteur énoncé par la règle 11.25 (3)(b) des *Rules of Court* jouit déjà de cette reconnaissance (*Bansal v Ferrara Pan Candy Co.*, 2014 ABQB 384).

¹⁰¹ *Club Resorts*, *supra* note 90 au para 90; s. 10(h) CJPTA.

¹⁰² S. 7 CJPTA.

mène nonobstant ses activités à travers les employés qui y sont localisés, justifiant ainsi qu'on puisse attirer l'employeur devant les autorités du lieu du travail¹⁰³. Inversement, une compagnie domiciliée dans la province ayant embauché un citoyen canadien pour travailler à l'étranger se verra empêchée d'introduire une demande contre son employé devant la juridiction locale au motif qu'elle y exploite une entreprise¹⁰⁴.

Dans le système de *common law*, la différence entre le critère de l'exploitation de l'entreprise au sens du test des liens réels et substantiels et celui employé dans le cadre du critère traditionnel basé sur la présence du défendeur dans la province est moins évidente. Selon la Cour suprême du Canada, si la différence existe, la norme d'appréciation du test énoncé en premier lieu est moins exigeante¹⁰⁵. L'arrêt *Club Resorts* fournit des indications supplémentaires pour encadrer le facteur relatif à l'exploitation de l'entreprise au sens du test présomptif, étant donné le risque d'une interprétation large susceptible de conduire à une compétence exorbitante dans le cas des demandes en réparation des dommages non contractuels: « [l]a notion d'exploitation d'une entreprise exige une forme de présence effective -et non seulement virtuelle- dans le ressort en question, par exemple le fait d'y tenir un bureau ou d'y effectuer régulièrement des visites »¹⁰⁶. Ainsi, le fait de publier une offre d'emploi sur un site Internet accessible en Ontario n'implique pas « *carrying on business* » en Ontario, l'employée ayant tout le temps travaillé au Nunavut¹⁰⁷. Dans les situations impliquant des employés exécutant leurs fonctions dans la province pour un employeur siégeant ailleurs, le type de « présence » qu'on attribue à l'employeur est physique (celle de ses employés) et non virtuel. Cependant, cet argument a pu déjà justifier le refus de la compétence pour statuer sur une action entamée par un télétravailleur accomplissant une partie de ses activités dans sa province de résidence contre une compagnie extraprovinciale¹⁰⁸.

Il est par ailleurs pertinent d'évoquer deux jugements rendus en Ontario et en Alberta, avant les modifications introduites par l'arrêt *Club Resorts*, concernant des situations de télétravail à domicile. Dans l'affaire *Dagenais*¹⁰⁹, la Cour supérieure de l'Ontario a appliqué les principes établis par l'arrêt *Muscutt*¹¹⁰ afin de déterminer l'existence de liens réels et substantiels avec l'Ontario, tant à l'égard de l'objet de la demande qu'à l'égard du défendeur. L'employé travaillait en permanence depuis son domicile à Ottawa, en fournissant de l'assistance technique virtuellement à des clients au Canada et à l'échelle internationale. L'employeur était une compagnie québécoise dont le siège était situé à Montréal. Pour fonder sa compétence, le tribunal a considéré un ensemble de facteurs, dont le fait que l'employé travaillait depuis son domicile en Ontario et les dommages subis en Ontario, résultant de la rupture du contrat. En particulier, on a estimé que « *there is a connection to the defendant [l'employeur] through the office where their employee worked, which was located in Ontario* »¹¹¹. Dans cette même optique, les tribunaux de l'Alberta se sont déclarés

¹⁰³ Fait affaires dans la province une entreprise ontarienne qui y a des employés, même si elle n'y possède pas de place d'affaires (*Moore, supra* note 98 au para 45).

¹⁰⁴ *Genco Resources Ltd. v. MacInnis*, 2010 BCSC 1342.

¹⁰⁵ *H.M.B. Holdings Ltd. c. Antigua-et-Barbuda*, 2021 CSC 44, par. 40.

¹⁰⁶ *Club Resorts, supra* note 90 au para 87.

¹⁰⁷ *Arsenault v Nunavut*, 2015 ONSC 4302 (CanLII).

¹⁰⁸ *Difeo v. Blind Ferret Entertainment*, 2013 NBQB 337. Dans ce cas, l'employé avait travaillé la plupart du temps (4 ans) à Montréal, dans les bureaux de l'employeur. Selon le juge, « [t]he fact that [the employee] operated his computer in Fredericton does not constitute carrying on business in New Brunswick », car « [the employee] was operating remotely in Fredericton but [the employer] did not maintain an office here or regularly visit ».

¹⁰⁹ *Dagenais v Nakisa Inc.*, 2006 CanLII 35616 (ON SC).

¹¹⁰ *Muscutt v Courcelles* (2002), 2002 CanLII 44957 (ON CA), 60 O.R. (3d) 20. Cet arrêt établissait le cadre juridique de la compétence transfrontalière en Ontario avant l'arrêt *Club Resorts*. Il énumérait un nombre non exhaustif d'éléments faisant partie de l'analyse pour décider de l'existence des liens réels et substantiels, sans qu'aucun n'ait été considéré comme décisif pour l'attribution de compétence.

¹¹¹ *Dagenais, supra* note 109 au para 26.

compétents pour connaître d'une action intentée par un travailleur domicilié en Alberta et travaillant depuis son logement à Edmonton, pour un groupe d'entreprises opérant dans le domaine des télécommunications dans le marché nord-américain. Étant donné que l'employé exécutait ses activités dans la province, qu'il y résidait et que le congédiement injustifié s'y était produit, le lien significatif avec la province avait été considéré démontré¹¹². Même si le raisonnement basé sur la combinaison de plusieurs éléments permettant de rattacher les faits litigieux au territoire d'une province dans le cadre du test des liens réels et substantiels n'est plus autorisé en *common law* depuis l'arrêt *Club Resorts*¹¹³, les critères dégagés dans ces décisions en matière de télétravail transfrontalier s'alignent sur l'analyse mentionnée ci-dessus conduisant à considérer qu'un employeur « fait affaires » dans la province par l'intermédiaire d'un travailleur qui y réside et exécute ses fonctions, si des éléments complémentaires pointent vers un exercice de l'activité de l'employeur dans la province. Des indicateurs tels l'existence de clients et la survenance de la rupture du contrat dans la province s'y sont joints à cette fin. Néanmoins, il convient de noter que le télétravail occasionnel effectué dans la province de résidence de l'employé ne saurait être considéré comme suffisant pour assumer la compétence au motif que l'entreprise extraprovinciale y exerce ses activités¹¹⁴.

En *common law*, la simple conclusion d'un contrat dans la province peut par ailleurs suffire à justifier la compétence de ses tribunaux dans un litige contractuel. Malgré le caractère faible des liens basés sur la conclusion du contrat dans la province¹¹⁵, la Cour suprême a entériné la possibilité d'y recourir lorsque le contrat en cause a un lien avec l'objet du litige¹¹⁶. Il n'existe pas sous le régime de la CJPTA, sauf en Saskatchewan¹¹⁷. Si le contrat est conclu à l'aide de moyens de communication électronique, le lieu de sa conclusion est celui dans lequel l'acceptation est reçue par l'offrant, ce qui conduira dans la plupart des cas aux tribunaux de la province correspondant à l'établissement responsable du recrutement¹¹⁸. Ce critère peut s'avérer particulièrement utile à l'employeur dans le contexte du télétravail transfrontalier, la possibilité d'une embauche à distance étant aussi favorisée par cette pratique. Cependant, les raisons invoquées par la majorité dans *Lapointe* au soutien de ce facteur sont incapables d'être transposées au contrat de travail. Le fondement tiré de la capacité des parties à adapter les règles concernant la formation des contrats, qui leur permettrait de décider librement du lieu de conclusion du contrat, n'a aucune place dans le processus normal de formation des contrats de travail, caractérisés par l'inégalité réelle du pouvoir de négociation entre l'employeur et l'employé, tel que la Cour suprême l'a reconnu dans l'arrêt *Uber*¹¹⁹.

En général au Canada, les tribunaux qui se déclarent compétents, soit en vertu d'une règle statutaire ou de la *common law*, ont la possibilité de décliner l'exercice de leur juridiction lorsqu'on démontre l'existence d'un tribunal étranger qui sera en meilleure position

¹¹² *Lozeron v Phasecom Systems Inc.*, 2005 ABQB 328 au para 53-55.

¹¹³ Joost Blom, « New Ground Rules for Jurisdictional Disputes: The Van Breda Quartet », (2012) 53:1 *Canadian Business Law Journal* 1, à la p 17.

¹¹⁴ Il a été considéré dans *Koutros c. Persico USA Inc.*, 2017 ONSC 3001 que les tribunaux de l'Ontario ne peuvent assumer la compétence sur une réclamation présentée par un employé résidant en Ontario qui se rendait continuellement dans les locaux de l'employeur au Michigan, même s'il effectuait une partie du travail à domicile dans Ontario, parce que « *that does not mean their employer is carrying on business at their home location* ».

¹¹⁵ Pitel, « Six of one », *supra* note 93 au para 25.

¹¹⁶ Dans l'affaire *Club Resorts*, il s'agissait d'un contrat de services touristiques, intimement lié à l'action en réparation des dommages extracontractuels subis par la victime à Cuba: *Club Resorts*, *supra* note 90 au para 88, 117. Ce critère a vu son efficacité renforcée avec l'arrêt *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 SCC 30.

¹¹⁷ S. 9(e)(ii) CJPTA (Saskatchewan).

¹¹⁸ Voir un exemple dans *Zimmerman v Dovre Canada Ltd.*, 2020 ABPC 64 au para 10-15.

¹¹⁹ *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16.

de trancher le litige. Cette limitation traditionnelle à la compétence est connue sous le nom de *forum non conveniens*. La démarche consiste à apprécier un certain nombre d'éléments non limitatifs, afin de déterminer s'il est opportun de se dessaisir du litige en faveur d'une juridiction plus appropriée¹²⁰. Les particularités de la relation de travail qui rendent nécessaire un traitement favorable de la partie faible pourraient justifier d'adopter une approche plus restrictive de la doctrine du *forum non conveniens* afin de ne pas refuser l'exercice de la compétence au détriment des travailleurs. Deux éléments pouvant avoir un impact important sur l'évaluation de l'opportunité ou non de refuser l'exercice de la compétence dans de telles situations sont ceux relatifs à la perte d'un avantage juridique pour le salarié, et aux frais qu'occasionnerait le renvoi de l'affaire à une autre juridiction¹²¹.

Ces considérations fondées sur l'inégalité des parties à un contrat de travail peuvent également influencer l'analyse des clauses d'élection d'une juridiction distincte de celle correspondant au domicile du salarié. La règle générale postule le respect de l'autonomie de la volonté manifestée par les parties, dans le sens de soumettre leurs différends aux juridictions d'un État donné. Lorsque le défendeur s'oppose à la compétence du tribunal saisi en invoquant une clause d'élection des tribunaux d'un autre État, un processus d'analyse en deux étapes est nécessaire. En premier lieu, le défendeur qui se prévaut de la clause doit établir qu'elle est valide, claire et applicable à l'action concrète en cause. En deuxième lieu, le demandeur doit démontrer qu'il existe un motif sérieux (« *strong cause test* ») justifiant de ne pas donner effet à ladite clause¹²². Cette démarche analytique s'impose à l'égard du choix d'une juridiction extraprovinciale, qu'il s'agisse d'une province ayant adopté la CJPTA ou non¹²³. Dans l'arrêt *Douez* de 2017, la majorité des juges de la Cour suprême souligne la nécessité d'adopter une approche plus souple du test dans le contexte des contrats de consommation, étant donné l'inégalité du pouvoir de négociation des parties. Les considérations d'intérêt public tenant au respect de l'égalité des cocontractants dans l'exercice du pouvoir de négociation ainsi que la nature des droits en jeu constituent un motif sérieux pour écarter un choix de juridiction¹²⁴. Ce raisonnement, élaboré dans le cadre des contrats de consommation, a servi d'inspiration aux tribunaux lors de l'évaluation des facteurs justificatifs du « *strong cause test* » à l'égard des clauses d'élection de juridiction se rapportant à des contrats de travail¹²⁵.

¹²⁰ *Club Resorts*, supra note 90 au para 110.

¹²¹ La privation des avantages juridiques a été prise en compte par certains arrêts impliquant des rapports d'emploi susceptibles d'être régis par des lois étrangères, moins favorables au travailleur : *Livingston v I.M.W. Industries Ltd.*, 2015 BCSC 1627 (CanLII) au para 67-68; *Petrook v Natuzzi Americas, Inc.*, 2013 ONSC 4508 (CanLII) [*Petrook*] au para 34-35; *Tisi v Cornell Trading Inc. and Cornell Trading Ltd.*, 2006 CanLII 29665 (ON SC) au para 34. Aucune importance n'a pourtant été attribuée à la privation des avantages dans *Sullivan v Four Seasons Hotels Limited*, 2013 ONSC 4622 au para 60-61. Il convient de noter qu'au stade de la compétence judiciaire, l'appréciation de la perte d'un avantage juridique ne doit pas se faire de façon automatique, à la lumière de la loi du tribunal saisi. À cet effet, il faut tenir compte de la loi éventuellement applicable selon les règles de conflit de lois (*Club Resorts*, supra note 90 au para 111). Voir en ce sens *Danks v IOLI Management Consulting*, 2003 CanLII 21459 (ON SC) au para 36. Quant aux répercussions économiques négatives d'un éventuel litige à l'étranger pour le demandeur, le rapport de travail ne peut offrir une meilleure illustration de l'importance d'en tenir compte, surtout si celui-ci est un salarié résidant dans la province : *Nowak*, supra note 99 au para 47.

¹²² *Z.I. Pompey Industrie c ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, 2003 CSC 27 [*Pompey*] au para 39; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33 (CanLII), [2017] 1 RCS 751 [*Douez*] au para 28-29.

¹²³ Geneviève Saumier, « Choice of Court Agreements in Common Law Canada », dans M. Keyes, dir, *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Springer, 2020, 137 à la p 141.

¹²⁴ *Ibid* au para 51 (Motifs des juges Karakatsanis, Wagner et Gascon). L'interprétation basée sur le déséquilibre du pouvoir de négociation des parties a été appliquée dans l'affaire *Uber*, supra note 119, pour fonder l'invalidité d'une clause d'arbitrage en faveur des Pays-Bas, prévue dans le contrat de services standardisé entre Uber et les chauffeurs de la plateforme opérant en Ontario. Ce faisant, elle laisse la porte ouverte à la juridiction ontarienne de se saisir de l'action entamée par un chauffeur résident de l'Ontario, notamment pour violation de la LNEO, laquelle devra considérer si le rapport en cause relève du champ d'application des normes minimales d'emploi dans cette province.

¹²⁵ *Cain v Pfizer*, 2018 ONSC 297 (CanLII) [*Cain*] au para 83-85. Ces considérations avaient été envisagées auparavant par *Stubbs v ATS International BV*, 2010 ONCA 879 au para 58. L'arrêt *Cain* a été suivi *en obiter* par *Nowak*, supra note 99 au

B. La loi applicable au télétravail transfrontalier

Tant en *common law* qu'en droit civil, les parties à un contrat de travail ont la possibilité de sélectionner la loi qui régira leur relation juridique. Ce choix de loi peut s'exprimer soit de façon expresse, à travers une clause désignant la loi d'un État déterminé (ou d'une unité territoriale ayant des compétences législatives autonomes en cette matière, comme les provinces et territoires canadiens), soit de façon implicite. Dans ce dernier cas, il s'agit pour les tribunaux de dégager l'intention commune des parties par interprétation du contrat, afin d'identifier la loi à laquelle ils ont entendu soumettre leurs droits et leurs obligations. À la différence des régimes québécois et européen qui prévoient une protection spécifique aux salariés pour éviter le risque de se voir imposer une loi désavantageuse, choisie par l'employeur (la partie forte du rapport juridique), le système de *common law* au Canada ne dispose pas d'un mécanisme spécifique à cet effet. Cela ne signifie pas que la liberté d'élection du droit applicable est illimitée, celle-ci devant respecter les principes généraux en matière contractuelle pour être admissible. Ainsi, un choix de loi sera reconnu valable s'il est fait « *bona fide and legal* » et s'il respecte les principes d'ordre public de l'État du tribunal saisi¹²⁶. Le premier critère cherche à prévenir les pratiques consistant à sélectionner la loi d'un État n'ayant aucun lien objectif avec le contrat, afin d'écarter la loi qui serait autrement applicable¹²⁷. Ainsi, si le contrat de travail est conclu entre une entreprise torontoise et un résidant de l'Ontario, pour effectuer un travail dans la province, une clause qui désignerait comme applicable la loi de la Floride pourrait éventuellement être considérée comme ne remplissant pas l'exigence de bonne foi, si ce choix répond à la finalité d'éviter des règles impératives ontariennes. Le deuxième critère repose sur le besoin de sauvegarder les valeurs et les principes fondamentaux d'ordre public du tribunal saisi auxquels porterait atteinte la loi étrangère choisie. Par exemple, le choix de la loi d'un État américain permettant le congédiement sans préavis et sans cause (*at will*) a été considéré comme « unenforceable »¹²⁸.

À défaut d'une clause contractuelle expresse désignant la loi applicable, celle-ci peut se dégager de l'interprétation de l'intention commune des parties. Or la recherche d'un choix implicite des parties se confond parfois avec le raisonnement menant à déterminer la loi plus significativement reliée au litige¹²⁹. Par exemple, dans des situations internes, c'est-à-dire impliquant un employeur et un travailleur résidant dans la province, les tribunaux ont considéré que les parties ne pouvaient envisager une loi autre que celle de la province en question, même si le travailleur est amené plus tard à se déplacer à l'étranger de façon temporaire¹³⁰. En l'absence de désignation, « *the proper law of the contract* » est celle de l'État avec lequel le contrat entretient « *the closest and most substantial connection* »¹³¹. Ce test commande l'analyse de l'ensemble des circonstances entourant le contrat au moment de sa conclusion, notamment le domicile et la résidence des parties, s'il s'agit d'une

para 41-43, portant sur un contrat de travail exécuté en Colombie-Britannique, par un employé résidant dans la province, et comprenant une clause désignant les tribunaux de la Caroline du Nord. Voir cependant *Zimmerman v Dovre Canada Ltd.*, 2020 ABPC 64 (CanLII), qui estime inapplicable le critère établi par *Cain* à un contrat de travail exécuté en Colombie-Britannique et à Terre-Neuve et Labrador et soumis aux tribunaux de cette dernière province. Pour la Cour, l'employée, qui résidait au moment de la demande en Alberta, n'a pas réussi à démontrer l'existence d'une inégalité dans le pouvoir de négociation des parties justifiant un motif sérieux pour écarter la clause d'élection de for (au para 37), ce qui semble contredire ses propos qualifiant les entreprises en question de « *sophisticated corporate entities* » (au para 22).

¹²⁶ *Vita Food Products Inc. v Unus Shipping Co.*, 1939 CanLII 269 (UK JCPC), [1939] A.C. 277.

¹²⁷ Stephen G.A. Pitel, Nicholas S. Rafferty, *Conflict of Laws*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2016, aux pp 288-289.

¹²⁸ Voir, à titre d'illustration, *Nowak*, *supra* note 99, qui écarte le choix de la loi du North Carolina dans le cadre d'un emploi exécuté en Colombie-Britannique pour une entreprise britannique, considérée incompatible avec le caractère d'ordre public de l'*Employment Standards Act* de cette province canadienne.

¹²⁹ Janet Walker, *Halsbury's Laws of Canada - Conflict of Laws*, LexisNexis, 2020 (reissue), au para. HCF-138.

¹³⁰ *Machado v The Catalyst Capital Group Inc.*, 2015 ONSC 6313.

¹³¹ L'arrêt phare dans ce domaine est *Imperial Life Assurance Co. of Canada v Segundo Casteleiro y Colmenares*, 1967 CanLII 7 (SCC), [1967] S.C.R. 443.

personne morale, le lieu de sa constitution et celui de son établissement principal, le lieu de conclusion et d'exécution du contrat, la nature et l'objet du contrat. À la différence du système québécois, le droit international privé des provinces de *common law* ne prévoit pas de présomptions légales fondées sur des critères préétablis, censés représenter les liens de proximité les plus étroits entre le contrat et un État. Un examen global des circonstances s'impose lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable à un contrat de travail¹³². Or, malgré la nécessité de prendre en compte tous les facteurs de localisation du contrat, la jurisprudence récente accorde un poids particulier au lieu d'exécution des obligations¹³³. En matière d'emploi, les facteurs à considérer comprennent le lieu de travail, la résidence de l'employé, le siège social de l'employeur et la localisation des éléments administratifs relatifs à l'emploi¹³⁴. Il convient de noter que dans la plupart des cas de jurisprudence repérés, la discussion sur la loi applicable au contrat de travail s'est déroulée dans le cadre de l'analyse sur l'opportunité de refuser la compétence du tribunal en vertu de la théorie du *forum non conveniens*. Dans certains arrêts, le lieu d'accomplissement de la prestation de travail a joué un rôle décisif pour l'identification de la loi applicable¹³⁵ et dans d'autres, il a exercé une influence importante lors de la pondération des circonstances démontrant l'existence de liens significatifs entre la juridiction saisie et le lieu du travail¹³⁶.

Si l'on considère le lieu où le travail est effectué comme prédominant dans l'appréciation de l'ensemble des facteurs, ce serait l'État à partir duquel le télétravailleur accomplit ses fonctions qui dictera le régime juridique applicable au télétravail transfrontalier, en l'absence de choix désignant une loi spécifique. Cependant, ce modèle casuistique de détermination de la loi applicable, basé sur la recherche de « *the closest and most substantial connection* », peut aboutir à un résultat différent, lorsque l'on place le centre de gravité de la situation du côté de l'employeur, en combinant le lieu où celui-ci a son siège ou son établissement principal et celui à partir duquel le travailleur reçoit les instructions et les directives pour effectuer les tâches, surtout lorsqu'il s'agit des compagnies qui embauchent des consultants opérant dans divers pays du monde¹³⁷. La dispersion géographique des employés milite donc en faveur d'une loi unique localisée dans le pays du siège de l'employeur, qui a les avantages de la prévisibilité est de la stabilité.

C. Le télétravail transfrontalier au regard des normes minimales d'emploi

Lorsqu'il s'agit de statuer sur des « *statutory rights* » conformément aux normes provinciales établissant les standards de protection minimale des travailleurs, la méthode de détermination de leur application dans l'espace varie selon les provinces.

En Ontario, la LNEO s'applique si 1) le travail doit être exécuté en Ontario ou 2) le travail doit être exécuté « en Ontario et à l'extérieur de la province et que le travail exécuté à l'extérieur de la province est une prolongation du travail exécuté en Ontario » (art. 3(1))¹³⁸. Cette dernière exigence a été récemment interprétée comme excluant le travailleur qui

¹³² *Ruggeberg v Bancomer*, [1998] O.J. No. 538 (O.C.G.D.).

¹³³ Dans *Lilydale Cooperative Limited v Meyn Canada Inc.*, 2015 ONCA 281 (CanLII) au para 16, la Cour d'appel de l'Ontario a considéré que « *the place of performance of the contract is related to its subject matter and for determining the applicable law, is perhaps the most important criterion* ». Voir aussi *Ferrari v Feurer*, 2020 YKSC 29 (CanLII) au para 59.

¹³⁴ *Machado*, supra note 130 au para 34; *Ruggeberg*, supra note 132 au para 46.

¹³⁵ *Moore*, supra note 98 au para 63-64.

¹³⁶ *EM Technologies, Inc. et al.*, 2013 ONSC 5849.

¹³⁷ *Danks v IOLI Management Consulting*, 2003 CanLII 21459 (ON SC) au para 30.

¹³⁸ Selon le guide d'interprétation administratif (Ministère du Travail et de l'Emploi, [Guide de politique et d'interprétation de la Loi sur les normes d'emploi](#), à jour en janvier 2020, sous "Partie III – Application de la présente Loi"), cela veut dire qu'elle s'applique aux salariés qui exécutent leur travail en Ontario, mais pas nécessairement aux salariés que n'exécutent qu'une partie de leur travail dans la province si ce travail n'est qu'une prolongation du travail effectué dans une autre province, territoire ou pays.

effectue des tâches en Ontario de manière accessoire à son travail à l'extérieur de la province. Ainsi, un employé qui télétravaille depuis son domicile au Michigan pour une entreprise ontarienne, en fournissant ses services à des clients en Amérique du Nord et en Europe, ne peut invoquer les bénéfices de la LNEO, même en présence d'un choix exprès de loi en faveur de l'Ontario. Des visites sporadiques pour assister à des réunions dans la province ne font pas de l'Ontario un lieu de travail significatif susceptible de déclencher l'application de la loi¹³⁹.

L'exigence de continuité entre les deux lieux de travail est conditionnée à la réalisation du travail en Ontario et en dehors de l'Ontario. Dans l'affaire *Shu Zhang*¹⁴⁰, on a estimé qu'un salarié ayant successivement été amené à télétravailler en Ontario et en Colombie-Britannique pour un même employeur n'est pas visé par la LNEO. Il a été considéré que le télétravail effectué en Colombie-Britannique ne pouvait se comprendre comme une continuation du travail en Ontario, car, pendant les trois dernières années d'emploi, les activités du salarié avaient été accomplies exclusivement en dehors de la province. La possibilité d'un retour éventuel au mode de travail traditionnel (non spécifiquement en Ontario) à la discrétion de l'employeur ne changeait rien au fait que le travail avait été intégralement effectué en Colombie-Britannique. En outre, les échanges virtuels en direct se déroulant deux fois par semaine, entre le salarié et l'équipe de travail à Toronto, selon l'horaire de l'est, sont également restés sans conséquence dans le raisonnement de la Commission des relations de travail de l'Ontario, attachée à une conception de l'espace physique de travail, tel qu'il se dégage de son insistance sur la nécessité pour l'employé, de se déplacer entre les deux provinces (« *back and forth* ») pour pouvoir rencontrer la condition de l'art. 3(1)(b) LNEO¹⁴¹. Par ailleurs, il a été considéré que les normes minimales d'emploi ne s'étendent pas aux rapports de travail non couverts par leur champ d'application territorial, avec pour conséquence d'empêcher l'autorité administrative dont les pouvoirs sont définis par cette législation pour établir ces réclamations, même en présence d'un choix en faveur de la loi ontarienne¹⁴².

En ce qui concerne la législation de la Colombie-Britannique en la matière, le BCESA ne précise pas sa portée territoriale, mais ses critères d'application ont été déduits de sa finalité première, consistant à garantir « *that employees in British Columbia receive at least basic standards of compensation and conditions of employment* » (art. 2 (a)). S'il est clair que la disposition entend couvrir les contrats de travail exécutés par un employé dans le territoire de la province (les déplacements ponctuels du salarié à l'extérieur demeurant sans incidence)¹⁴³, des difficultés d'interprétation ont surgi quant à l'application de la loi aux rapports d'emploi entièrement exécutés ailleurs ainsi qu'à l'égard des travailleurs mobiles dont une partie seulement de leurs activités est effectuée en Colombie-Britannique. À défaut d'une règle d'applicabilité équivalente à celle de l'art. 3(1)(b) LNEO, la jurisprudence a développé une analyse basée sur l'appréciation des liens entre la situation de travail et la province.

¹³⁹ *John Karpowicz v Valor Inc.*, 2016 CanLII 49203 (ON LRB) au para 19-21 [*Karpowicz*].

¹⁴⁰ *Shu Zhang v IBM Canada Limited*, 2019 CanLII 79641 (ON LRB).

¹⁴¹ *Ibid* au para 29: « *In my view, subsection 3(1)(b) of the Act contemplates some kind of back and forth between Ontario and elsewhere, and not a move from one province to another for an indefinite period of time with only a possibility of a return to a traditional work environment at an undefined location* ». Le Board estime que sa conclusion aurait pu être différente si l'employé avait retourné en Ontario à la suite du rappel de l'employeur (para 33) ce qui laisse entendre que la condition légale est rencontrée, soit lorsque l'employé travaille physiquement en alternance entre les deux provinces (travail simultané) soit lorsque l'employé retourne en Ontario après avoir exécuté du travail en dehors de la province (travail par périodes successives).

¹⁴² *Karpowicz*, *supra* note 139 aux para 20-21.

¹⁴³ *Nowak*, *supra* note 99.

Le « *sufficient connection test* », élaboré par la décision *Can-Achieve* afin de délimiter le champ d'application territorial du BCESA, exige « *a real presence performing work within the province* »¹⁴⁴. Le litige opposait une entreprise constituée en Colombie-Britannique et une consultante embauchée pour fournir des services de conseil aux citoyens chinois souhaitant immigrer au Canada. L'ensemble de l'activité s'était déroulée en Chine, à l'exception de trois jours de formation que l'employée avait passés à Vancouver. En faisant preuve de souplesse dans l'évaluation des circonstances pouvant relier le rapport juridique à la Colombie-Britannique, le *British Columbia Employment Standards Tribunal* affirme expressément que pour satisfaire à la condition de la « présence réelle », il n'est pas nécessaire que l'employé soit présent dans la province la majorité du temps¹⁴⁵. Pour apprécier l'importance des liens de rattachement, le tribunal s'abstient d'indiquer un critère quantitatif sur la proportion que doit représenter le temps de présence dans la province par rapport à la durée de l'emploi. Or, la flexibilité du test doit se concilier avec l'exigence d'un rattachement significatif (« *meaningful connection* ») du travail avec la province¹⁴⁶. Compte tenu de l'exécution intégrale du travail en Chine, l'absence de connexion significative avec la Colombie-Britannique empêchait l'employée de bénéficier des droits reconnus par le BCESA. Les critères pris en compte par *Can-Achieve* à cet effet¹⁴⁷ ont été raffinés par la décision *Xinex*¹⁴⁸, qui indique comme facteurs non limitatifs à considérer, la résidence et le lieu habituel de travail, si le travailleur est tenu de travailler à la fois dans et en dehors de la province et la possibilité que d'autres juridictions revendiquent la compétence sur le rapport d'emploi. Cette affaire est particulièrement intéressante, car on a décidé d'exclure l'application des normes minimales d'emploi à une télétravailleuse exécutant intégralement ses fonctions en dehors de la province (en l'espèce, en Californie), pour une entreprise de services technologiques domiciliée en Colombie-Britannique. Selon le tribunal, « *the fact that her residence and usual place of employment were outside the province is determinative* »¹⁴⁹. Il en découle que le fait d'exécuter le travail entièrement en dehors du ressort territorial de la province fait obstacle à l'application de la législation sur les normes minimales d'emploi¹⁵⁰.

Qu'en est-il du travail accompli partiellement dans la province? À la lumière du « *sufficient connection test* », on a considéré comme compris dans le champ d'application de la loi, le travail effectué par un chauffeur résidant en Colombie-Britannique, ayant débuté et terminé sa relation d'emploi dans la province, et qui avait alterné des périodes de travail entre la Colombie-Britannique et l'Alberta¹⁵¹. Le test a aussi été appliqué dans un contexte de télétravail impliquant un employé qui fournissait des services informatiques à distance, aussi bien depuis son domicile en Colombie-Britannique qu'à l'extérieur. S'opposant à l'application du BCESA, l'employeur, une entreprise californienne, avait invoqué une clause de choix de loi en faveur de la Californie ainsi que le fait que l'employé n'avait effectué que 19% de ses tâches depuis la Colombie-Britannique. Selon le *British Columbia Employment*

¹⁴⁴ *Can-Achieve Consultants Ltd.*, BC EST #D463/97 au para 43 [*Can-Achieve*].

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Ibid* au para 47.

¹⁴⁷ Ils ont été tirés de l'arrêt *British Columbia (British Airways Board) v British Columbia (Worker's Compensation Board)* [(1985) B.C.J. No. 2533 (B.C.C.A.)] portant sur l'application de la *Worker's Compensation Act* et non du BCESA.

¹⁴⁸ *Xinex Networks Inc. (Re)*, [1998] B.C.E.S.T.D. No. 600 au para 6.

¹⁴⁹ *Ibid* au para 8.

¹⁵⁰ British Columbia Law Institute, « Report on The Employment Standards Act », Report no. 84, 2018, sur <https://www.bcli.org/wordpress/wp-content/uploads/2018/12/Employment-Standards-Act.pdf>, p. 12. Voir aussi *Virgilio L. Co (Re)*, 2009 CanLII 101236 (BC EST) au para 27, excluant l'application de la loi à l'égard d'un employé ayant exécuté son travail entièrement aux Philippines. Ni la nationalité canadienne du salarié, ni sa résidence en Colombie-Britannique, ni le fait qu'il recevait des instructions de travail de son employeur, domicilié en Colombie-Britannique, ni l'argument selon lequel les services ont profité à son employeur en Colombie-Britannique, ni la réception d'un salaire en devises canadiennes dans un compte bancaire en Colombie-Britannique n'ont été considérés des éléments suffisants pour justifier « *a real presence performing work within the province* ».

¹⁵¹ *Selkirk Paving Ltd. (Re)*, 2002 CanLII 78367 (BC EST), BC EST # D111/02.

Standards Tribunal, il ressortait de la preuve que l'employé partageait ses activités pendant un « *comparable time* » entre la Colombie-Britannique et d'autres juridictions, ce qui suffisait pour activer l'application du BCESA. Il est intéressant de souligner l'observation du *Employment Standards Tribunal*, qui ne considère pas comme « *an influencing factor in the 'sufficient connection' test that Mr. Saadat could have worked from any other jurisdiction and that [the employer] may have given Mr. Saadat the freedom to work from British Columbia as opposed to required him to work from there* », car « *[w]hat is more important is that Mr. Saadat worked from British Columbia* »¹⁵². Il semble que dans ces deux cas, la résidence de l'employé dans la province, combiné au caractère temporaire des déplacements à l'extérieur ait servi à compenser le critère quantitatif du temps de travail, celui-ci favorisant plutôt les autres juridictions. Le BCESA jouit d'une efficacité impérative non seulement en droit interne, mais aussi dans les rapports transfrontaliers. Une clause du contrat qui aurait pour objet de soumettre le rapport de travail à la législation d'une autre province ou d'un autre État ne peut déroger aux droits prévus par les normes minimales d'emploi si la situation entre dans leur champ d'application¹⁵³.

L'AESC contenant les normes minimales d'emploi en Alberta ne prévoit pas non plus de critères exprès d'application territoriale. Son article 2(1) énonce en termes génériques que « *[t]his Act applies to all employers and employees, including the Crown in right of Alberta and its employees* ». Dans l'affaire *Karmalis*¹⁵⁴ impliquant une employée ayant été embauchée en Alberta par une compagnie ontarienne, qui a travaillé pour des périodes successives dans quatre provinces, la Court of Queen's Bench a été amenée à statuer sur l'articulation entre les normes minimales d'emploi ontariennes et le régime de la *common law* concernant les actions civiles pour congédiement injustifié en Alberta. Étant donné la restriction contenue dans la législation ontarienne, empêchant de cumuler les recours en vertu de la LNEO et les actions civiles sur le même objet, la Cour a été confrontée à la nécessité de déterminer si cette disposition restrictive s'appliquait à la réclamation en cause. Dans la ligne de la solution territorialiste prédominante, elle énonce que « *while an employee is working in a particular jurisdiction, the minimum employment standards laws of that jurisdiction apply* »¹⁵⁵. Toutefois, les considérations subséquentes subordonnent cette application à l'absence de choix explicite des parties quant à la loi applicable au contrat de travail. Constatant, en l'espèce, l'inexistence d'une clause contractuelle à cet effet, la Cour conclut à un choix implicite de la LNEO par les parties, en ce sens qu'elles se sont soumises à la juridiction et à la loi ontariennes, en invoquant les dispositions de la LNEO (par l'employeur, dans sa lettre de congédiement) et par l'employée, en introduisant sa réclamation devant le ministère du Travail de l'Ontario. En ce qui touche à l'interprétation du champ d'application territorial des lois sur les normes minimales d'emploi, cette position semble s'écarter des décisions issues d'autres provinces, en adoptant une approche compatible avec l'application des règles de droit international privé sur la loi applicable au contrat. Elle maintient en ce sens l'orientation de la jurisprudence antérieure.

En effet, la question a fait l'objet de deux décisions intéressantes rendues en 1997 et en 1999, qui arrivent à des conclusions opposées, tout en empruntant une démarche d'analyse qui part du respect du choix de la loi applicable au contrat. Dans l'arrêt *Flint*¹⁵⁶, la Cour provinciale exclut du champ d'application de la loi, la réclamation d'un charpentier,

¹⁵² *Electronic Online Systems International Inc. (EOS International) (Re)*, 2010 CanLII 151189 (BC EST), BC EST # D108/10 au para 62 [*Electronic Online*].

¹⁵³ *Nowak*, supra note 99 au para 32; *Electronic Online*, supra note 152 au para 20.

¹⁵⁴ *Karmali v Donorworx Inc*, 2015 ABQB 105 (CanLII) [*Karmali*]. Voir également Dalia Gesualdi-Fecteau et Delphine Nakache, *Employment Standards for Mobile Workers, Report Prepared for the On the Move Partnership*, avril 2017, aux pp 2-5.

¹⁵⁵ *Karmali*, supra note 154, par. 55.

¹⁵⁶ *Flint Canada Inc. v Bonokoski*, 1997 CanLII 17784 (AB PC).

résidant en Saskatchewan, qui avait été recruté par une entreprise albertaine pour travailler exclusivement en Russie. Elle se fonde sur les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Eastern Bakeries*¹⁵⁷, ayant refusé de donner une portée extraterritoriale au *Labor Relations Act* du Nouveau-Brunswick, en vertu duquel on prétendait inclure des travailleurs résidant à l'extérieur de la province dans une unité de négociation regroupant des employés résidant et travaillant au Nouveau-Brunswick. L'exécution du travail à l'extérieur de l'Alberta dans l'affaire *Flint* a déterminé l'inapplicabilité du AESC, faute de clause contractuelle désignant la loi albertaine comme applicable¹⁵⁸. En revanche, dans la décision *Bode*¹⁵⁹, la Cour provinciale décide d'appliquer le AESC à un contrat de travail entre une compagnie albertaine et un résident de l'Alberta embauché comme maçon pour travailler dans un projet de construction en Allemagne. La différence entre ces deux décisions, impliquant des travaux exécutés entièrement à l'étranger c'est que, dans ce dernier cas, les parties s'étaient entendues sur l'application à cet employé, de la même protection dont bénéficiaient les employés du secteur de la construction à Calgary. De cet engagement contractuel le tribunal infère l'existence d'un choix de loi en faveur de la loi albertaine, en se basant sur l'arrêt *Neft*¹⁶⁰ et *Sullivan*¹⁶¹, appliquant la théorie de la « *proper law of the contract* » en droit international privé de la *common law*.

3.2. Québec

A. La compétence en matière de télétravail transfrontalier

La compétence des tribunaux québécois pour connaître d'un litige transfrontalier en matière de contrats de travail résulte de plusieurs critères définis au Livre X du Code civil du Québec. En premier lieu, le législateur prévoit un facteur de compétence spécifique permettant aux travailleurs domiciliés ou résidants au Québec de déposer leurs demandes devant les autorités québécoises. Cette règle de compétence est qualifiée de spéciale, car elle constitue une exception au principe général voulant que le défendeur doive être poursuivi au lieu de son domicile. On privilégie ainsi l'effectivité du droit d'agir en justice du travailleur, en tant que partie vulnérable de la relation contractuelle. Un télétravailleur résidant au Québec aura donc la possibilité d'assigner un employeur n'ayant ni domicile ni établissement au Québec, devant le juge québécois, en vertu de l'art. 3149 C.c.Q. Pour assurer un maximum de protection au travailleur, les tribunaux interprètent la condition de résidence québécoise d'une façon flexible. Premièrement, il n'est pas requis que le travailleur conserve sa résidence au Québec au moment de l'introduction de l'action, car il suffit qu'il ait résidé dans la province lors de la naissance de son droit d'action, ce qui correspond le plus souvent au moment de la rupture du lien d'emploi¹⁶². Inversement, un travailleur résidant au Québec au moment de déposer sa demande, mais ayant exécuté sa prestation de travail à l'étranger peut aussi invoquer le bénéfice de l'art. 3149 C.c.Q.¹⁶³. En deuxième lieu, la résidence au Québec n'est pas incompatible avec une présence temporaire de l'employé dans la province, pour les fins de son emploi. Il s'agit de démontrer « *un élément de stabilité et de durée qui soit compatible avec un mode de vie 'habituel' et incompatible avec un 'simple passage'* »¹⁶⁴. Les tribunaux se sont déclarés compétents dans des litiges impliquant des salariés affectés temporairement au Québec par des

¹⁵⁷ *Labour Relations Board of New Brunswick v Eastern Bakeries Limited et al.*, 1960 CanLII 79 (SCC), [1961] SCR 72.

¹⁵⁸ Voir le para 5, où le tribunal fait la distinction avec la décision *Neft Services Ltd.*, B.C.A.L. 8184, Dec. 95.

¹⁵⁹ *Bode v Blitz, Barrett and Crown Masonry Ltd.*, 1999 ABPC 21 (CanLII).

¹⁶⁰ *Supra* note 158.

¹⁶¹ *Sullivan v Harvey Offshore Services Ltd.*, [1986] N.J. No. 309.

¹⁶² *Rees c Convergja*, 2005 QCCA 353 (CanLII) [*Rees*] au para 47.

¹⁶³ *Hétu c SNC-Lavalin PAE inc.*, 2007 QCCQ 5780 [*Hétu*]. En l'espèce, le travail avait été accompli en Bosnie-Herzégovine.

¹⁶⁴ *Rees*, *supra* note 162, au para 29. Pour l'établissement de la résidence au Québec, il n'est pas déterminant que l'employé possède une carte d'assurance maladie, un permis de conduire ou qu'il soit soumis au régime fiscal québécois (para 31).

employeurs étrangers ou extraprovinciaux, et censés retourner au lieu de travail antérieur ou s'installer ailleurs¹⁶⁵.

La compétence du juge du domicile ou de la résidence du travailleur est dans ces cas impérative, ce qui implique l'impossibilité d'y déroger par accord. La clause contractuelle qui désigne les juridictions d'un autre État ou province pour régler les différends en matière d'emploi concernant un résident québécois sera donc dépourvue d'effet¹⁶⁶. En revanche, si le travailleur réside à l'étranger, et qu'il a été convenu dans le contrat d'attribuer la compétence aux autorités québécoises, celles-ci peuvent assumer compétence en vertu de l'art. 3148 (4) C.c.Q. Le travailleur étranger pourra donc être poursuivi au Québec par son employeur, sans qu'il puisse invoquer en sa faveur l'art. 3149 C.c.Q. pour rendre la clause inopposable à son égard. Il ne lui restera que la possibilité d'introduire une requête pour s'opposer à la compétence sur le fondement de l'art. 3135 (doctrine du *forum non conveniens*)¹⁶⁷.

Les autorités québécoises sont par ailleurs compétentes pour connaître d'une demande relative à un contrat de travail transfrontalier, en vertu des règles de compétence prévues à l'art. 3148 C.c.Q. Les facteurs de rattachement juridictionnels y contenus sont conçus de façon libérale¹⁶⁸ et peuvent dans certains cas aboutir à la compétence québécoise dans des situations non suffisamment reliées au territoire québécois. Si le travailleur n'a ni résidence ni domicile au Québec, il peut tenter son action au Québec contre l'employeur si celui-ci y a son domicile (3148 (1) C.c.Q.) ou son établissement, dans ce dernier cas, pour autant que le litige porte sur les activités de l'employeur au Québec (3148 (2) C.c.Q.), si le travail a été exécuté au Québec, si le non-respect du contrat (par ex., un congédiement injustifié) y survient ou si le préjudice y est subi par l'employé (par ex., les dommages résultant d'un congédiement) (3148 (1) C.c.Q.), ou encore, si l'employeur se soumet volontairement à la juridiction québécoise (3148 (5) C.c.Q.). Bien que ces autres facteurs puissent renforcer la position procédurale de l'employé, en élargissant l'éventail d'options qui lui sont offertes pour poursuivre son employeur devant les tribunaux québécois, force est de constater que ces mêmes critères peuvent être utilisés par la « partie forte » du rapport d'emploi contre l'employé. Ainsi, le paragraphe 3 de l'art. 3148 C.c.Q. accorde compétence aux tribunaux du Québec si *l'une* des obligations contractuelles devait y être exécutée, ce qui peut comprendre le paiement de la rémunération au salarié¹⁶⁹, même si celui-ci accomplit son travail intégralement en dehors de la province. En outre, l'employeur peut invoquer à cette fin avoir subi un préjudice au Québec, à la suite du non-respect par l'employé de ses obligations contractuelles (par ex. de l'obligation de loyauté envers son employeur), commis

¹⁶⁵ *Bright c Site 2020 inc.*, 2020 QCCS 2532 (CanLII) [*Bright*]. Voir aussi *Entreprise Publique Économique Air Algérie, Montréal, Québec v Hamamouche*, 2019 FC 272 (CanLII) au para 41, 68 ayant considéré l'applicabilité de l'article 3149 C.c.Q. à l'égard d'un employé d'une entreprise algérienne, envoyée au Québec dans le cadre d'une convention de détachement temporaire au Canada. Ayant refusé la demande de contrôle judiciaire intentée par l'employeur, la Cour fédérale ne se prononce pas définitivement sur la question de compétence soulevée, se limitant à signaler les contradictions de l'employeur, qui « *exclut l'article 3149 qui lui fait ombrage parce qu'il ne pourrait trouver application que dans le cas où les autorités québécoises sont impliquées; mais le piège se referme sur la demanderesse lorsqu'elle cherche à invoquer l'article 3148 qui souffre de la même infirmité* » (para 68), tout en reconnaissant que l'employée « *est un résident du Québec qui aura travaillé au Québec pendant un certain temps* » (para 41).

¹⁶⁶ *Rees*, *supra* note 162; *Canadian Oil Recovery & Remediation Enterprises Ltd. c. McKinnon*, 2010 QCCA 620 (CanLII) au para 9 et 14; *Larmor c Groupe Adga Consultants inc.*, 2007 QCCS 1512 [*Larmor*]; *Bright*, *supra* note 166; *Massicotte c GFL Environmental Inc.*, 2020 QCCS 668.

¹⁶⁷ *Fiset c. Manulift EMI Ltd.*, 2021 QCCA 1776 (CanLII).

¹⁶⁸ Geneviève Saumier, « Le droit international privé et le travail international », *Développements récents en droit des affaires internationales (2009)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, EYB2009DEV1555, p. 8 (pdf).

¹⁶⁹ Ce critère a été retenu dans *Commission des normes du travail c. Micros System Inc.*, 2009 QCCS 6083 [*Micros System*] au para 35, quoique, en l'espèce, il s'avérait inutile compte tenu de la résidence québécoise de l'employée. Même si ce jugement n'est pas un exemple de la problématique présentée ci-dessus, il sert nonobstant à illustrer la possibilité qu'un tribunal québécois se déclare compétent sur la base de ce critère de rattachement autonome.

au Québec ou non. Le caractère alternatif de ces différents facteurs énumérés à l'art. 3148 (3) ouvre ainsi la porte à plusieurs situations favorisant l'employeur demandeur au détriment de la partie faible du contrat. Dans de telles hypothèses, il ne serait pas très difficile de démontrer l'existence d'un autre tribunal nettement plus approprié que le Québec pour connaître du litige, notamment celui correspondant au lieu du travail habituel du salarié (*forum non conveniens*)¹⁷⁰.

En général, la doctrine du *forum non conveniens* prévue par l'art. 3135 C.c.Q. permet aux autorités québécoises de refuser l'exercice de la compétence dans des situations exceptionnelles. Même si cette doctrine peut théoriquement être appliquée lorsque la règle de compétence répond à l'objectif de protéger la partie faible du rapport juridique, le tribunal québécois accepte très rarement en pratique de décliner sa compétence dans ces litiges¹⁷¹. Ainsi, si un travailleur saisit une autorité québécoise sur le fondement de l'article 3149 C.c.Q., les chances de succès d'une éventuelle requête de l'employeur visant à empêcher l'exercice de la compétence sont très minces. La Cour d'appel a expressément indiqué qu'en matière de contrats de travail, « *les tribunaux du Québec sont non seulement compétents, ils sont probablement aussi les mieux placés pour trancher un litige qui a pris sa source sur son territoire* »¹⁷². Le caractère exceptionnel de ce mécanisme qui implique son utilisation modérée par les tribunaux investis d'une compétence internationale par l'effet de la loi, se voit ainsi renforcé dans le contexte des rapports d'emploi. Comme le reconnaît la jurisprudence, l'objectif d'« *offrir une protection accrue à un travailleur [...] constitue une raison additionnelle au fait que le tribunal ne doit décliner compétence qu'exceptionnellement comme le précise l'article 3135 C.C.Q.* »¹⁷³ (notre emphase).

B. La loi applicable au télétravail transfrontalier

Selon le Code civil du Québec, les parties à un contrat de travail sont libres de choisir la loi applicable à leur relation contractuelle. Comme prévu à l'article 3111, le choix de la loi régissant le contrat peut être contenu dans une clause du contrat (désignation expresse) ou être déduit des dispositions du contrat, par exemple, à partir de références à des institutions appartenant à une certaine législation (choix implicite). Cependant, ce choix n'est pas illimité. Lorsque le contrat est purement interne, parce que tous ses éléments se rattachent à un seul ordre juridique, les règles impératives de ce dernier seront applicables (art. 3111 al. 2). Ainsi, dans le cas d'une entreprise québécoise qui embauche un résident québécois pour travailler au Québec, le contrat de travail sera considéré comme étant soumis aux dispositions québécoises d'ordre public, malgré l'existence d'un choix désignant une autre loi.

Au-delà de cette limitation d'ordre général en matière contractuelle, les contrats de travail font l'objet d'une règle de conflit particulière qui impose des restrictions additionnelles (art. 3118 C.c.Q.). Cette disposition, inspirée de l'art. 6 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après, « Convention de Rome »),

¹⁷⁰ Cette doctrine a été considérée, sans faire partie des motifs de la décision, dans l'arrêt *Jovalco Group Corporation c International Association of Bridge Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 765*, 2014 QCCS 3647.

¹⁷¹ Dans la décision *Hétu*, *supra* note 163, la Cour supérieure a accepté de décliner la compétence des tribunaux québécois en vertu de la théorie du *forum non conveniens*, dans le cadre d'une demande intentée par un travailleur résidant au Québec et un autre résidant en Ontario, contre une entreprise ontarienne. La Cour a considéré qu'en l'espèce, « *il y [allait] de l'intérêt de la justice et des parties de décliner compétence* » (para 26), compte tenu la nécessité, manifestée par l'avocate, « *qu'une seule audition soit tenue fût-elle en Ontario ou au Québec* » (para 20). Voir des exemples de rejet des requêtes déclinatoires en ce sens, dans *Larmor*, *supra* note 166; *Takvorian c Bae Systems Australia*, 2005 CanLII 7606 (QC CS) [*Takvorian*].

¹⁷² *Rees*, *supra* note 162 au para 41.

¹⁷³ *Larmor*, *supra* note 166 au para 48-49. Voir, dans le même sens, *Takvorian*, *supra* note 171 au para 34; *Bright*, *supra* note 165 au para 84.

poursuit une finalité de protection du travailleur en tant que partie faible du contrat, en faisant prévaloir sur la loi choisie, les dispositions impératives de la loi de l'État où il accomplit habituellement son travail, si celles-ci s'avèrent plus protectrices que la première. Ces règles d'ordre public peuvent englober, par exemple, le droit à un délai-congé raisonnable en cas de congédiement sans motif sérieux ainsi que l'ensemble législatif formé des normes minimales d'emploi¹⁷⁴. Cette limite à l'autonomie de la volonté des parties suppose de soumettre les règles applicables de la loi désignée par les parties à un test de comparaison avec les dispositions impératives en vigueur dans le pays d'exécution du travail, car ces dernières ne s'imposent que dans la mesure où elles accordent au travailleur une meilleure protection. Cependant, l'application des normes minimales d'emploi appartenant à la loi choisie peut poser des difficultés non envisagées par les parties. À titre illustratif, l'interprétation des lois canadiennes en la matière comme étant d'application strictement territoriale conduirait à refuser leur intervention lorsque les conditions qu'elles établissent ne sont pas satisfaites. Par exemple, si elles exigent inexorablement l'exécution d'une partie substantielle du travail sur le territoire de la province, la volonté des parties de se soumettre aux standards minimaux d'emploi en vigueur dans cette province sera considérée comme insuffisante pour justifier leur application à un travailleur accomplissant l'ensemble de ses fonctions à l'extérieur.

En l'absence de choix de loi, la loi applicable au contrat de travail est précisément celle de l'État où le travailleur exécute habituellement ses activités (art. 3118 al. 2 C.c.Q.). La détermination du lieu habituel de travail peut susciter des difficultés dans un contexte de mobilité transfrontalière. À cet effet, le Code civil envisage deux hypothèses. La première concerne l'affectation temporaire d'un travailleur dans un autre État (connue en droit européen sous le nom de « détachement »). Suivant la solution de la Convention de Rome, l'art. 3118 prévoit que le lieu habituel de travail n'est pas modifié du fait du déplacement temporaire du salarié, ce qui implique la soumission du contrat d'emploi à la loi du lieu de travail initial (avant le détachement). La deuxième situation visée à l'art. 3118 C.c.Q. se rapporte aux cas où le parcours du travailleur manque de la stabilité nécessaire pour discerner un seul lieu de travail habituel. Le phénomène du nomadisme numérique rentrerait parfaitement dans cette deuxième hypothèse, pour laquelle on prévoit l'application de la loi de l'État correspondant au domicile ou à l'établissement de l'employeur.

En revanche, s'il s'agit d'un télétravailleur exécutant ses activités à domicile, le contrat sera régi par la loi du lieu habituel de travail, ce qui conduit à appliquer la loi de l'État de son domicile. Or, le télétravail ayant comme caractéristique principale la possibilité d'être exécuté depuis n'importe quel espace géographique, un travailleur à domicile peut effectivement être amené à accomplir ses fonctions ailleurs. Si ses déplacements présentent un caractère occasionnel ou temporaire, on peut les considérer sans incidence sur la loi applicable, en faisant une application analogique de la solution prévue pour les cas d'assignation à titre temporaire. Or, si le déplacement du travailleur l'amène à s'installer pour une période prolongée dans un nouveau pays, à partir duquel il effectue sa prestation de travail, la question se posera de déterminer s'il y a eu changement du lieu habituel de travail, à la suite de la modification de sa résidence ou de son domicile dans le cours de son contrat de travail.

Il existe un dernier mode de détermination de la loi applicable à un rapport de travail, lorsqu'aucun des rattachements intervenant à défaut de choix ne s'avère suffisant à désigner l'État entretenant les liens les plus étroits avec le litige. Il s'agit de la clause d'exception prévue à l'article 3082 C.c.Q., qui permettrait d'écarter la loi correspondant soit

¹⁷⁴ Voir *supra*, sous-section 2.2.

au lieu habituel de travail, soit au lieu du domicile ou de l'établissement de l'employeur (cas de télétravailleurs nomades), si de l'ensemble des circonstances, il résulte manifestement que la loi ainsi désignée a un lien éloigné avec la situation de travail, et qu'un autre État est en relation beaucoup plus étroite avec celle-ci. Ce mécanisme relevant du pouvoir discrétionnaire du tribunal pourrait servir à écarter la loi du lieu où se trouve physiquement le télétravailleur, entendue comme « lieu habituel de travail », au profit de celle d'origine de l'employeur.

C. Le télétravail transfrontalier au regard de la législation sur les normes minimales d'emploi

La *Loi sur les normes du travail* du Québec (LNTQ) s'applique aux cas de figure suivants¹⁷⁵ :

- le salarié travaille seulement au Québec, même si l'employeur n'a pas de résidence, domicile, entreprise, siège ou bureau au Québec;
- le salarié travaille en même temps au Québec et à l'extérieur du Québec, même s'il ne réside pas au Québec, et l'employeur a sa résidence, son domicile, son entreprise, son siège ou un bureau au Québec;
- le salarié travaille exclusivement à l'extérieur du Québec, mais est domicilié ou réside au Québec et son employeur a sa résidence, son domicile, son entreprise, son siège ou un bureau au Québec.

La première hypothèse visée par la loi concerne l'exécution du travail intégralement dans le territoire de la province. En situation de télétravail, ce que signifie « exécuter un travail au Québec » au sens de cette disposition a fait l'objet d'interprétation par deux décisions intéressantes, impliquant des employés télétravaillant depuis leurs domiciles hors Québec, pour des entreprises québécoises. Dans les deux cas, ils cherchaient à se placer sous la protection de la *Loi sur les normes du travail*, en invoquant l'argument selon lequel la réalisation d'un travail au moyen des technologies de l'information permet d'entrer en relation directe avec l'employeur et l'équipe située dans les locaux de l'employeur, et rend la distance physique entre les parties non pertinente pour les fins de l'application de la loi. Adoptant l'interprétation de la Commission des relations du travail dans l'affaire *Holms*¹⁷⁶ (concernant un télétravailleur domicilié au Massachusetts), le Tribunal administratif du travail a rejeté la conception suivant laquelle « l'évolution des moyens technologiques qui permettent l'exécution de son travail partout dans le monde » fait en sorte que la « dématérialisation du travail impliqu[e] que le rattachement physique à la province ne serait plus un élément essentiel de l'application de la Loi »¹⁷⁷. Ainsi, la plainte pour congédiement sans cause juste et suffisante déposée par l'employée d'une entreprise montréalaise télétravaillant depuis son domicile à Calgary fut rejetée au motif que la situation ne relevait pas du champ d'application territorial de la LNTQ. L'exigence d'un travail exécuté au Québec au sens du premier alinéa de l'article 2 LNTQ doit donc s'interpréter comme requérant l'exécution « réelle, voire physique »¹⁷⁸ du travail dans le territoire québécois, l'élément virtuel caractéristique du télétravail ne méritant aucune considération particulière à cet effet. Le lieu à partir duquel l'employeur dirige l'activité et où se trouvent la plupart des employés ne fait pas du télétravail un travail exécuté dans la province où l'entreprise est établie, « bien

¹⁷⁵ LNTQ, art 2; CNESST, *Guide Interprétation et jurisprudence des normes du travail*, sous Chapitre II – Le champ d'application (art 2 à 3.1).

¹⁷⁶ *Holm et Groupe CGI inc.* 2008 QCCRT 0492 [*Holm*].

¹⁷⁷ *Trainor et Fundstream inc.*, 2018 QCTAT 5714 [*Trainor*] au para 20.

¹⁷⁸ *Ibid* au para 35.

que les technologies aient permis d'abolir la distance dans le cadre d'une prestation de travail »¹⁷⁹.

La deuxième situation couverte par le champ d'application de la LNTQ vise le travail exécuté « à la fois au Québec et hors Québec », effectué « pour un employeur dont la résidence, le domicile, l'entreprise, le siège ou le bureau se trouve au Québec ». Bien que la disposition ne fasse pas expressément mention de la proportion que doit représenter le travail au Québec par rapport à l'ensemble des activités de l'employé, la jurisprudence a précisé à plusieurs reprises que la partie du travail accompli au Québec doit être significative pour qu'un employé puisse prétendre au bénéfice de la LNTQ. Des visites ou des séjours occasionnels au Québec ne constituent pas la réalisation effective d'une prestation de travail dans la province¹⁸⁰. Inversement, le fait de travailler habituellement depuis le Québec et de se déplacer ponctuellement pour desservir une clientèle hors Québec ne fait pas obstacle à l'application de la loi, pour autant que l'employeur puisse être rattaché au Québec à travers son domicile, son établissement, un bureau, ou l'exploitation d'une entreprise¹⁸¹.

À la différence de ce qui a été exposé auparavant sur l'inapplicabilité de la LNTQ aux télétravailleurs hors Québec, pour lesquels on maintient une conception traditionnelle, dans le sens matériel ou physique, de la notion d'« exécution du travail », la jurisprudence fait preuve de souplesse dans l'interprétation des liens de rattachement de l'employeur avec le Québec. Dans la décision *Aïsa*, il a été considéré qu'une salariée agissant comme représentante d'un employeur ontarien pour la vente de produits esthétiques sur le territoire du Québec est protégée par la LNTQ, l'employeur faisant affaires au Québec au sens de la loi¹⁸². En ce qui concerne le télétravail, une décision récente du Tribunal administratif du travail a révisé une décision selon laquelle l'employeur est considéré avoir établi un bureau ou un établissement dans la province par l'entremise d'un télétravailleur accomplissant ses fonctions, à la fois depuis son domicile au Québec et en se rendant aux États-Unis¹⁸³. Pour le Tribunal, l'assujettissement de la compagnie américaine aux normes minimales d'emploi requiert que les services dispensés ou le travail des employés visent le territoire québécois. En l'espèce, la clientèle desservie étant entièrement localisée aux États-Unis, l'employée n'a pu bénéficier de la protection de la LNTQ en cas de congédiement injustifié, et notamment de la mesure de réintégration à l'emploi. Cette décision peut sembler contradictoire avec un jugement de la Cour supérieure en 2009 qui avait statué dans le sens opposé, en estimant qu'une entreprise américaine avait établi un bureau au Québec à la résidence du télétravailleur¹⁸⁴. Bien que dans cette affaire, l'employé offrait ses services à des clients au Québec et, principalement, aux États-Unis, ces éléments factuels n'ont pas constitué le fondement de la décision.

Le caractère impératif des critères qui définissent le champ d'application territoriale de la LNTQ aurait pour effet d'écarter une clause contractuelle par laquelle les parties se soumettent volontairement aux normes d'emploi québécoises. La volonté des parties serait impuissante à modifier les circonstances spécifiquement prévues par le législateur pour rattacher le rapport d'emploi au Québec. Cette interprétation de la LNTQ a également un

¹⁷⁹ *Holm*, *supra* note 176 au para 31.

¹⁸⁰ *Brown et IAMGold Corporation*, 2020 QCTAT 4859 (CanLII). Cette décision fait l'objet d'une demande en révision judiciaire à la Cour supérieure : pourvoi en contrôle judiciaire, 2021-01-20 (C.S.) 200-17-031929-219) [*Brown*] au para 20-25; *Holm*, *supra* note 176 au para 34; *Trainor*, *supra* note 177 au para 23.

¹⁸¹ *Micros System Inc.*, *supra* note 169 au para 29.

¹⁸² *Commission des normes du travail c. Aïsa Corporation*, 2010 QCCQ 7045 au para 6.

¹⁸³ *Marchetta c. Visual Training Solutions Inc.*, 2021 QCTAT 5451, révisant la décision à l'effet contraire dans *Marchetta c. Visual Training Solutions Inc.*, 2021 QCTAT 2402 (CanLII) (Cette décision fait l'objet d'une demande en révision judiciaire à la Cour supérieure : pourvoi en contrôle judiciaire, 2021-12-14 (C.S.) 460-17-003109-212).

¹⁸⁴ *Micros System*, *supra* note 169.

impact restrictif sur la compétence des autorités chargées de son application, qui refusent de statuer sur des réclamations non visées par la loi dont elles tirent leur mandat et leurs pouvoirs¹⁸⁵.

3.3. Union européenne

A. La compétence en matière de télétravail transfrontalier

Les règles de compétence internationale dans l'UE en matière des contrats de travail varient selon la position qu'occupe le travailleur dans la procédure. Inspirées d'une politique de protection du travailleur en tant que partie faible du rapport contractuel, ces règles entendent favoriser le droit d'accès à la justice du travailleur¹⁸⁶, tout en préservant l'équilibre nécessaire au respect des droits du défendeur. Le travailleur peut déposer une demande contre son employeur devant les juridictions de l'État membre dans lequel l'employeur a son domicile (art. 21, § 1 a) RBlbis). À cet effet, la possession d'une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre équivaut à domicile dans cet État pour les litiges portant sur leur exploitation (art. 20, § 2 RBlbis). L'employeur peut en plus être attrait devant les tribunaux de l'État membre à partir duquel le travail est accompli habituellement (art. 21, § 1 b) i) RBlbis). La notion de lieu habituel d'exécution du travail constitue une notion autonome ayant fait l'objet d'interprétation à plusieurs reprises par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la CJUE). Étant donné que ce critère coïncide avec le rattachement principal utilisé par les règles de conflit pour désigner la loi applicable aux contrats individuels de travail, on y reviendra à cette occasion¹⁸⁷. Dans le cas d'un travailleur qui n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, le tribunal compétent sera celui de l'État membre dans lequel se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur (art. 21, § 1 b) ii) RBlbis).

Lorsque le salarié est détaché et travaille dans un pays membre autre que celui correspondant au lieu habituel de travail, on lui permet d'introduire son action devant les tribunaux de l'État dans lequel il a été affecté à titre temporaire, sans limiter sa faculté d'intenter une action en justice dans un autre État¹⁸⁸. L'application effective des dispositions impératives du pays du détachement, plus favorables au travailleur, se trouve ainsi facilitée grâce à l'attribution de la compétence aux autorités de ce pays. En revanche, les options de compétence dont dispose l'employeur pour déposer une demande contre son employé sont plus restrictives. Il devra saisir les tribunaux du domicile du travailleur (art. 22, § 1 RBlbis). On admet toutefois la compétence des tribunaux d'un autre État si le travailleur s'y soumet volontairement, soit de façon tacite, pour autant qu'il ait été informé de son droit de contester la compétence (art. 26, § 2 RBlbis), soit de façon expresse, si la clause d'élection de for est postérieure à la naissance du différend, ou si elle permet au travailleur de saisir d'autres juridictions que celles ordinairement compétentes (art. 23 RBlbis).

¹⁸⁵ Malgré une clause désignant le droit québécois pour régir le contrat d'emploi, un employé ayant exécuté ses fonctions au Suriname, en Amérique du Sud, pour une entreprise québécoise, ne peut recevoir la protection que l'art. 124 LNTQ prévoit en cas de congédiement sans cause juste et suffisante, faute de rencontrer les critères objectifs établis par la loi (avoir sa résidence/son domicile au Québec ou avoir effectué son travail à la fois au Québec et ailleurs): *Brown*, *supra* note 180 au para 45-46.

¹⁸⁶ Arrêts de la CJCE, *Pugliese*, aff. C-437/00 au para 18; *Mulox IBC*, aff. C-125/92 [*Mulox*] au para 18-19; *Rutten*, C-383/95 [*Rutten*] au para 23, et *Weber*, aff. C-37/00 [*Weber*] au para 58.

¹⁸⁷ La CJUE souligne la nécessité d'adopter une conception uniforme de cette notion au sens des règles de compétence et des règles de conflit de lois (CJUE, *Koelzsch*, aff. C-29/10 au para 33 [*Koelzsch*]).

¹⁸⁸ Article 6 de la *Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*.

B. La loi applicable au télétravail transfrontalier

Suivant le modèle de la Convention de Rome, le Règlement Rome I (ci-après, RRI) accorde aux parties la faculté de désigner volontairement la loi qui déterminera le régime juridique du contrat de travail, sous réserve des dispositions impératives plus favorables au travailleur, issues de la loi qui aurait été applicable à défaut de choix. Cette condition impose la nécessité de procéder à un exercice de comparaison des niveaux de protection offerts par chacune des lois en présence, celle choisie par les parties en vertu de l'art. 3 RRI et celle devant régir le contrat de travail de façon objective (art. 8 RRI). Les dispositions protectrices susceptibles de limiter le choix de loi comprennent celles issues des conventions collectives¹⁸⁹. Elles encadrent, en général, les conditions minimales de protection des travailleurs, comme le régime en cas de rupture du contrat, la durée du travail, le salaire minimum, la rémunération des heures supplémentaires et les congés payés¹⁹⁰. À ce cadre normatif viendront s'ajouter les dispositions impératives spécifiques concernant notamment les modalités d'organisation du télétravail, la prise en charge des coûts associés aux outils nécessaires au télétravail, et la protection de la santé et de la sécurité du travail. En l'absence de choix, les règles de conflit prévues par le règlement Rome I prévoient que la loi applicable au contrat individuel de travail est celle de l'État à partir duquel le travailleur accomplit habituellement son travail. Cette même loi régit la situation des travailleurs détachés, car le lieu habituel de travail n'est pas réputé changer en cas d'assignation temporaire dans un autre État, avec les limitations prévues en faveur du travailleur par la loi du pays de détachement¹⁹¹.

L'application de ce critère principal à une situation de télétravail conduit à désigner comme applicable la loi du pays depuis lequel le salarié accomplit habituellement ses fonctions, dans un sens physique ou matériel. Il s'agira dans la plupart des cas du pays de son domicile ou de sa résidence, qui correspond à l'emplacement de l'ordinateur sur lequel le travail est effectué¹⁹². En dehors de l'hypothèse du détachement, la localisation du lieu habituel de travail peut s'avérer problématique en situation de mobilité transfrontalière. Si le télétravailleur est amené à changer de résidence au cours de son emploi, il s'agirait de décider du pays satisfaisant à l'exigence de stabilité nécessaire pour identifier la loi applicable au rapport d'emploi dans son ensemble. Il se dégage de la jurisprudence européenne que le rattachement principal au lieu habituel de travail doit recevoir une interprétation large¹⁹³. Lorsque le juge est confronté à des situations impliquant des travailleurs mobiles, ayant effectué leur travail sur le territoire de plusieurs États, il fera une analyse globale des éléments factuels du litige afin de déterminer le pays avec lequel le « *travail présente un rattachement significatif* »¹⁹⁴, celui « *à partir duquel le travailleur s'acquitte principalement de ses obligations à l'égard de son employeur* »¹⁹⁵ ou celui où se

¹⁸⁹ Deinert, *supra* note 8, au para 51, 53.

¹⁹⁰ Jean-Philippe Lernhoud, « Le travail à l'étranger. Détachement et expatriation : quelles règles appliquer ? », (2019) *Liaisons sociales, Les thématiques* 5, à la p 13. En ce qui concerne les dispositions relatives au salaire minimum, voir CJUE, 15 juill. 2021, affaires jointes C-152/20 et C-218/20, au para 31.

¹⁹¹ Art. 3 de la *Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, modifiée par la *Directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et Conseil du 28 juin 2018*.

¹⁹² F. Toffoletto, *Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore: il potere di controllo del datore di lavoro, il telelavoro*, Giuffrè Editore, 2006 aux pp 80-82; Dieter Martiny, « Art. 8 Rom I-VO Individualarbeitsverträge », dans J. von Hein, éd, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 12, *Internationales Privatrecht II*, 7th éd., München, C.H. Beck, 2018 au para 51; Deinert, *supra* note 8 au para 85; L. Francisco Carrillo Pozo, « La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I », (2017) 132 *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 129 aux pp 134-135.

¹⁹³ Koelzsch, *supra* note 187 au para 43; CJUE, *Schlecker*, aff. C 64/12 au para 31 [*Schlecker*].

¹⁹⁴ Koelzsch, *supra* note 187 au para 44.

¹⁹⁵ Mulox, *supra* note 186 au para 24.

trouve le « *centre effectif de ses activités professionnelles* »¹⁹⁶. À défaut d'un bureau ou d'un centre d'affaires unique depuis lequel le travailleur remplit l'essentiel de ses obligations, le juge tiendra compte du lieu où le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail, afin de localiser le centre de gravité de la relation d'emploi¹⁹⁷. C'est ce critère quantitatif qui paraît le plus adapté à la situation du télétravailleur qui change de pays de domicile au cours de son emploi, et donc, de lieu effectif d'exercice de ses activités.

Dans le cas des télétravailleurs voulant tirer le maximum de profit de la flexibilité et de la liberté qui résultent de la dématérialisation de l'activité, et décidant de mener une vie de « nomade numérique », c'est-à-dire travaillant et séjournant dans divers pays pour des périodes successives plus ou moins longues, on se trouverait dans une situation d'impossibilité de désigner un lieu habituel de travail. Dans ces circonstances, le contrat sera soumis à la loi du pays correspondant à l'établissement ayant embauché le travailleur (art. 8, § 3 RRI)¹⁹⁸. La doctrine signale les défauts de cette solution, le lieu de l'établissement d'embauche ayant peu de rapport avec l'exécution du contrat de travail et s'avérant, en plus, susceptible de manipulation par les employeurs voulant se soustraire aux règles impératives protectrices du salarié¹⁹⁹. En dernier lieu, il est possible d'écarter les différents critères de rattachement intervenant à défaut de choix, si de l'ensemble des circonstances, il résulte que la situation litigieuse entretient des liens plus étroits avec un autre État (art. 8, § 4 RRI). Le recours à ce procédé exceptionnel a pour objectif de corriger l'absence d'un lien de proximité suffisant entre l'ordre juridique normalement applicable et le rapport qu'il est destiné à régler. On observe dans la doctrine une tendance majoritaire à considérer la clause d'exception comme l'alternative la plus efficace pour désigner la loi applicable au télétravail transfrontalier, étant donné la perte de signification de la localisation physique du lieu à partir duquel s'effectuent les activités et les liens plus substantiels avec le pays du domicile ou de l'établissement principal de l'entreprise²⁰⁰. Nous pensons que ce mécanisme n'est pas un remède adapté aux défis de cette modalité d'accomplissement du travail. D'une part, la clause d'exception relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui sera chargé d'apprécier au cas par cas l'opportunité de son utilisation. Une solution générale au problème du télétravail transfrontalier ne saurait se baser sur l'application d'un procédé exceptionnel et discrétionnaire. D'autre part, compte tenu de son but limité à obtenir la meilleure localisation du rapport juridique, l'utilisation de ce mécanisme ne permet pas de répondre aux intérêts de la partie vulnérable²⁰¹. La défense des droits substantiels du télétravailleur ne saurait autoriser le recours à la clause d'exception²⁰².

¹⁹⁶ Rutten, *supra* note 186 au para 23.

¹⁹⁷ Weber, *supra* note 186 au para 52; Koelzsch, *supra* note 187 au para 45.

¹⁹⁸ Il convient à cet effet de « *prendre en considération non pas les éléments relatifs à l'accomplissement du travail, mais uniquement ceux relatifs à la procédure de conclusion du contrat, tels que l'établissement qui a publié l'avis de recrutement et celui qui a mené l'entretien d'embauche et elle doit s'attacher à déterminer la localisation réelle de cet établissement* » (CJUE, Voogsgeerd, aff. C384/10 au para 50).

¹⁹⁹ Sophie Robin-Olivier, « La mobilité internationale des salariés », (2005) Droit Social 495; Marie Lafargue, *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, LGDJ, Paris, 2017 aux pp 150-151; Uglješa Grušić, « Should the Connecting Factor of the Engaging Place of Business Be Abolished? », (2013) 62 ICLQ 173.

²⁰⁰ Sophie Robin-Olivier, *supra* note 199; J.-F. Cesaro, « La sécurité juridique et l'identification de la loi applicable », *Droit social*, 2006, p. 734, n° 20; « El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional », dans Tomás Sala Franco, coord, *El teletrabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 aux pp 117-118 [A. Martín-Pozuelo López]; G. Orlandini, « Il rapporto lavoro con elementi di internazionalità », WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 137/2012, p. 21. Cette solution avait déjà été envisagée par la Commission dans le *Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation [COM/2002/0654 final]*, sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52002DC0654>.

²⁰¹ L. F. Carrillo Pozo, « La cláusula de escape en la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo », (2013) 6:8 *Aranzadi Social: Revista Doctrinal* 309; Roberta Clerici, « Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I? », dans G. Venturini et S. Bariatti, eds., *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, vol. 2, Milan, 2009, 215 aux pp 219-222.

²⁰² Schlecker, *supra* note 193 au para 34.

3.4. Propos critiques de la solution traditionnelle basée sur le « lieu habituel de travail »

La solution territoriale prédominante basée sur le « lieu habituel de travail » s'adapte difficilement à la pratique du télétravail transfrontalier. Du point de vue du travailleur, ce mode d'exécution de l'activité se distingue des situations typiques de mobilité consistant dans son transfert temporaire vers un État étranger, dans l'expatriation des travailleurs pour une durée indéterminée dans un autre État et dans la réception des travailleurs en provenance de l'étranger (travailleurs migrants). L'endroit physique devient essentiellement changeant, le travailleur essentiellement mobile (« [h]ôtel, résidence louée ou secondaire, domicile, cybercafé, train, avion, bateau avec accès à internet au moyen des réseaux sans fil (*wireless lan*), le travailleur muni d'un ordinateur, d'une connexion internet peut ainsi se connecter à tout moment et en tout lieu et exécuter son travail où bon lui semble »)²⁰³. Du côté de l'employeur, le télétravail transfrontalier configure également une forme d'internationalisation de l'entreprise qui diverge des modèles traditionnellement pratiqués dans le contexte de la mondialisation du marché du travail. En faisant appel aux télétravailleurs transfrontaliers, l'entreprise n'emprunte pas la voie de la délocalisation d'une partie de l'activité par le biais de l'implantation d'établissements ou de filiales dans le territoire étranger, ou encore par la sous-traitance²⁰⁴. D'où l'inadéquation d'une conception du travail qui s'efforce de rattacher le travailleur à un territoire donné, en méconnaissant la dimension virtuelle de l'activité. L'idée du travailleur inséré dans une structure organisationnelle conçue par l'employeur, ancrée dans un territoire sur lequel s'exercent son pouvoir de contrôle et les contrepoids résultant de l'action concertée de la collectivité d'employés ne peut être extrapolée à la réalité du télétravail. L'indifférence de la situation géographique de l'ordinateur à partir duquel sont exécutées les fonctions enlève au critère du lieu d'accomplissement du travail la signification qu'elle avait au sein des rapports d'emploi traditionnels. Le fondement de proximité entre le lieu de l'exécution du travail et l'activité développée dans ce territoire est ainsi mis en échec en contexte de télétravail transfrontalier.

De nombreuses législations nationales encadrant le télétravail -de façon directe ou indirecte- sont animées par l'objectif de fournir une protection équivalente aux salariés d'un même employeur, peu importe qu'ils exécutent leurs tâches dans les locaux de celui-ci ou à distance. Ne s'appliquant que lorsque le travail est effectué sur un même territoire, ces normes ne garantissent cependant pas une égalité de traitement pour le télétravailleur transfrontalier. Une telle finalité peut seulement s'accomplir si l'on adopte le rattachement au pays de l'établissement de l'employeur pour désigner la loi applicable, au moins quant aux conditions minimales d'emploi. L'employé exécutant du télétravail depuis un pays étranger, pour une entreprise québécoise, bénéficierait ainsi des mêmes garanties que ses collègues travaillant, soit dans les locaux de l'employeur à Montréal, soit depuis leur domicile au Québec. Or, cette solution se heurte au caractère strictement territorial des normes impératives établissant les conditions minimales d'emploi au Canada. Il en résulte une tension entre ces deux objectifs, l'égalité de traitement des travailleurs dans le pays où s'effectue le travail (assurée par le critère traditionnel du lieu de travail) et l'égalité de traitement de l'ensemble des travailleurs au service d'un même employeur, qu'ils exécutent leurs tâches de façon présente ou à distance, sans égard au territoire depuis lequel le

²⁰³ Frédéric Robert, *Le télétravail à domicile. L'après covid-19 ou le retour à l'anormale*, Limal, Anthemis, 2020 à la p 39.

²⁰⁴ J. C. Messenger et N. Ghosheh, éd., *Offshoring and working conditions in remote work*, Londres, Palgrave Macmillan, 2010.

télétravail est effectué (ce qui justifierait l'application de la loi du pays ou la province d'origine de l'employeur)²⁰⁵.

C'est précisément l'insuffisance du cadre juridique actuel à répondre efficacement à cette deuxième finalité qui rend le télétravail susceptible de s'intégrer à la vieille pratique du dumping social, ce qui contredit la prétendue fonction protectrice de la loi correspondant au lieu du travail. Face aux écarts mondiaux (voire entre provinces et territoires canadiens pour certaines normes) en matière de protection des travailleurs, l'employeur profitera des avantages que lui procure le recours à des télétravailleurs installés dans des pays à faible protection et pourra décider, en conséquence, de délocaliser une partie de ses activités, tout en demeurant l'employeur²⁰⁶. Les investissements dans l'amélioration des processus technologiques de communication et de collaboration seront compensés par la réduction des coûts en termes de salaires et d'infrastructures pour implanter des filiales à l'étranger. Le télétravail transfrontalier s'ajoutera ainsi aux autres modalités de délocalisation, celle-ci se définissant par son objectif d'« échapper à un environnement contraignant pour produire ailleurs à un moindre coût »²⁰⁷.

4. Répercussions (pour les politiques, la pratique ou la recherche)

Politiques et pratique. Les résultats de cette synthèse des connaissances seront mis à disposition des responsables de politiques pour qu'ils soient en mesure d'évaluer l'impact de la dématérialisation du travail à l'échelle globale sur la configuration juridique des rapports de travail. Ils serviront à sensibiliser les parties prenantes à la nécessité d'engager une réflexion conjointe sur ces enjeux et sur l'opportunité de modifications législatives qui prennent en compte la dimension virtuelle et transnationale du télétravail. La solution au problème de discordance et d'inadéquation constaté passe nécessairement par l'adoption d'un rattachement à la fois commun aux deux ensembles normatifs (celui régissant la relation contractuelle et celui imposant des conditions minimales d'emploi) et adapté aux spécificités du télétravail transfrontalier. D'où l'importance d'accompagner les parties du rapport contractuel et les responsables des politiques dans l'amélioration des pratiques contractuelles et dans la prise des décisions ayant un impact sur la situation des salariés en régime de télétravail transfrontalier.

Compte tenu des problèmes complexes de compréhension et de coordination des règles concernant le télétravail transfrontalier, cette synthèse entend remplir une mission d'information auprès de l'ensemble des acteurs concernés par ce mode d'organisation du travail, afin d'atténuer l'insécurité juridique sur le sort de la relation d'emploi, qui ne fait que creuser le déséquilibre déjà existant entre les parties, au détriment de l'employé. Devant l'inadéquation du régime juridique actuel à ces enjeux, les responsables des politiques et les praticiens en droit du travail jouent un rôle de premier plan dans la conception de stratégies qui répondent en amont aux difficultés pouvant survenir lors de l'exécution et de la rupture du contrat de travail, exécuté à distance depuis un pays étranger ou une province canadienne distincte de celle où se trouve l'employeur.

²⁰⁵ Ces paradoxes ont été signalés au regard des employés d'un même employeur, exécutant à l'étranger les mêmes fonctions que ses collègues dans le pays d'origine, mais soumis au droit local: Fabienne Jault-Seseke, « L'exécution du travail à l'étranger doit-elle conduire à l'application de la loi étrangère? », note sous Soc. 13 octobre 2016, n° 15-16.872 », (2017) *Revue de droit du travail* 66; Aukje van Hoek, « Private international law rules for transnational employment: Reflections from the European Union », dans Adelle Blackett et Anne Trebilcock, eds, *Research Handbook on Transnational Labour Law*, 2015, 438 à la p 446.

²⁰⁶ A. Lo Faro, « Politiche comunitarie e diritto internazionale », dans L. Gaeta et P. Pascucci, dir, *Telelavoro e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998, 213 à la p 215; Ángela Martín-Pozuelo López, *supra* note 200 aux pp 108-109.

²⁰⁷ A. Mazeaud, « Aspects individuels des délocalisations », (2005) *Droit social* 1186.

Recherche. Cette synthèse des connaissances a démontré la nécessité d'explorer de nouvelles pistes de réflexion permettant de proposer des solutions adaptées à la réalité du télétravail transfrontalier. Les solutions envisagées par la doctrine ayant étudié la question tentent de régler les incohérences du régime juridique par le rattachement du télétravail transfrontalier au pays du domicile ou de l'établissement de l'employeur, là où sont directement exploités les résultats de l'activité développée virtuellement. Il est ainsi entendu que ce pays entretient les liens les plus significatifs avec le contrat de travail exécuté à distance au moyen des TIC, évitant ainsi le risque de *dumping social* qui menace les droits des télétravailleurs implantés dans des pays moins protecteurs. Au Canada, une telle solution en principe satisfaisante se heurterait aux critères d'application territoriale imposés par les normes minimales d'emploi, qui n'entendent pas couvrir le travail effectué intégralement en dehors de la province. La législation canadienne encadrant les conditions minimales d'emploi exige un rattachement physique entre la province et le territoire où la prestation de travail est exécutée²⁰⁸, comme en témoignent plusieurs décisions où l'on a refusé l'application de ces normes protectrices aux actions intentées par des télétravailleurs exécutant leurs fonctions depuis le territoire d'une autre province.

5. Conclusion

Constat des lacunes/problèmes. Ce projet a mis en lumière les lacunes dans les connaissances sur les principaux enjeux juridiques du télétravail transfrontalier et l'insuffisance du régime juridique actuel sur les contrats internationaux de travail pour y répondre adéquatement. Ces carences se traduisent par des limitations d'accès à la justice et des solutions préjudiciables aux droits des télétravailleurs, incompatibles avec la finalité protectrice censée caractériser le droit du travail dans ses dimensions interne et internationale. Le télétravail transfrontalier défie le mode traditionnel dans lequel le droit international privé et le droit du travail organisent le traitement des rapports de travail internationaux et interprovinciaux. Les enjeux principaux que nous avons identifiés concernent l'inadaptation du « lieu habituel de travail » pour réglementer le télétravail transfrontalier et la territorialité stricte des lois sur les normes minimales d'emploi étudiées. Les déficiences de coordination des ordres juridiques impliqués dans le contrat de travail posent d'importantes difficultés pour la protection effective du télétravailleur qui accomplit ses activités au-delà des frontières du pays où l'employeur a son domicile ou son établissement.

Les règles actuelles ne prennent pas suffisamment en compte la dimension virtuelle de l'activité développée par le télétravailleur. Le lieu d'exécution habituel du travail constitue le critère prépondérant utilisé par les règles de droit international privé québécoises et européennes pour déterminer la loi applicable aux rapports de travail transfrontalier. Cela conduit objectivement à localiser la relation d'emploi là où se trouve physiquement le télétravailleur, pour autant qu'il s'agisse d'un lieu présentant un caractère de stabilité. Cependant, la mobilité étant souvent caractéristique de cette forme flexible d'organisation du travail, un changement de domicile pourrait entraîner un changement de son lieu habituel de travail et, dès lors, du droit applicable à son contrat. Lorsque le télétravailleur effectue ses activités depuis des pays divers sans qu'il soit possible de rattacher l'activité à un seul lieu habituel, les éléments pertinents du contrat pouvant influencer la détermination de la loi applicable penche du côté de la localisation principale de l'employeur.

Dans les provinces canadiennes de *common law* étudiées (l'Ontario, la Colombie-Britannique et l'Alberta), le lieu d'exécution du travail joue un rôle significatif dans le cadre

²⁰⁸ Voir des exceptions pour l'Ontario et le Québec, *supra*, sous-sections 3.1 C et 3.2 C.

de l'analyse intégrale des circonstances que doit mener le juge afin de décider du droit applicable au contrat de travail, à défaut de choix par les parties. Il est aussi pris en compte par les règles de compétence judiciaire, soit directement, dans le cas des provinces suivant le modèle statutaire de la CJTPA, soit de façon indirecte, dans le cas des provinces adoptant le système de *common law*, notamment en ce qui concerne la présomption de liens réels et substantiels avec le litige, à travers le critère de l'exploitation d'une entreprise. Bien que cette approche ait l'avantage de la flexibilité dans l'évaluation de la situation factuelle, les parties au contrat sont confrontées à des solutions incertaines qui dépendent des considérations additionnelles tenant à la qualification de la « présence tangible » de l'employeur qui recourt aux services d'un télétravailleur qui accomplit ses fonctions dans la province. Le constat est insatisfaisant du point de vue de la protection de l'employé et de la prévisibilité juridique.

Domaines de recherche futurs. Cette synthèse de connaissances a relevé la nécessité d'approfondir l'étude de la problématique, afin de renforcer l'approche comparative et contextuelle du projet, pour tenir compte de l'évolution récente des lois et des politiques en matière de télétravail et en particulier, depuis l'irruption de la pandémie (contextes américain-nord et sud- et européen) et du phénomène du nomadisme numérique international, en plein essor à l'échelle globale. Nous envisageons la continuation du projet à l'occasion d'autres programmes de recherche qui dépassent le cadre analytique modeste de la synthèse des connaissances et nous donnent l'occasion d'envisager des hypothèses de recherche en guise de propositions de solutions au problème d'inadaptation du régime juridique actuel au télétravail transfrontalier. Bien que le présent programme nous ait permis de constater les principales difficultés, les limites de la synthèse se font sentir sur le plan de la recherche de solutions. C'est précisément ce volet prospectif que nous entendons privilégier dans des recherches futures.

6. Mobilisation des connaissances

Cette synthèse de connaissances intéresse différents publics cibles. Premièrement, les employeurs et les employés impliqués dans une situation de télétravail transfrontalier. Ce rapport contient des informations utiles leur permettant de prévoir les solutions juridiques les plus adaptées à leurs besoins, tout en respectant la finalité de protection du travailleur qui anime le droit du travail. Pour assurer cet objectif d'information juridique, des fiches résumant les résultats de la recherche seront rédigées en langage clair, en français et en anglais. Ces documents seront diffusés auprès des organismes gouvernementaux et non gouvernementaux qui offrent des informations juridiques sur le travail destinées au grand public. Ces documents seront également diffusés auprès des responsables de la recherche et de l'analyse des politiques des centrales syndicales et de certains syndicats locaux qui sont davantage intéressés à la question du télétravail dans ces provinces.

En deuxième lieu, ce rapport de synthèse s'adresse aux parties prenantes et aux responsables des politiques (représentants gouvernementaux, patronaux et des travailleurs), afin de les sensibiliser aux problèmes dérivés de l'inadéquation des règles dans leur configuration actuelle et aux incidences négatives de l'insécurité juridique en découlant. Les résultats de la synthèse seront rendus disponibles aux départements pertinents des ministères du Travail et de la Justice des provinces canadiennes visées par le projet. Nous cherchons ainsi à encourager et à participer à la coordination d'une réflexion sur le télétravail transfrontalier avec les responsables des politiques et d'autres acteurs dans l'objectif de dissiper l'incertitude juridique existante et d'assurer une application optimale des règles d'ordre public protectrices des travailleurs. Nous avons déjà amorcé une réflexion avec des

partenaires syndicaux dans le cadre d'un comité de travail où les différents enjeux du télétravail sont abordés, y compris celui de sa dimension transfrontalière. Le projet vise à impliquer les praticiens et conseillers qui accompagnent les parties et les décideurs dans leur processus d'évaluation des politiques actuelles. Les résultats de la synthèse des connaissances pourront aussi être diffusés par des publications sur des sites spécialisés en droit.

Enfin, notre projet s'adresse en outre aux membres de la communauté universitaire (étudiants et chercheurs). Nous prévoyons la publication d'un article dans une revue scientifique *peer review* en libre accès. Nous entendons développer de nouvelles orientations de recherche qui approfondissent les enjeux définis dans le projet afin de trouver des solutions novatrices au-delà de l'approche dominante dans le discours scientifique en droit du travail et en droit international privé. Sur le plan académique, ce projet entend également éveiller l'intérêt des étudiants et des chercheurs pour les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier et en général, pour les aspects transnationaux des rapports de travail dans un contexte de mondialisation économique. La dimension internationale et comparative du sujet de recherche nous permet d'entamer un dialogue avec des partenaires internationaux confrontés aux mêmes problématiques. Nous avons eu l'occasion de présenter les résultats de cette synthèse à la cinquième Labour Law Research Network Conference (LLRN), le 28 juin 2021 (en ligne), consacrée aux défis d'adaptation du droit du travail et des institutions aux transformations socio-économiques actuelles, ainsi qu'à l'exploration des nouvelles approches impliquant d'autres disciplines, afin de mieux répondre aux problématiques contemporaines des rapports de travail à l'échelle mondiale.

7. Bibliographie

Belzunegui-Eraso, A. et A. Erro-Garcés, « Teleworking in the Context of the COVID-19 Crisis », (2020) 12 *Sustainability* 3662

Bérestégui, P., « Teleworking in the aftermath of the COVID-19 pandemic: enabling conditions for a successful transition », COVID-19 Impact Series, European Trade Union Institute, mai 2021

Bernier, J., G. Vallée et C. Jobin, « Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle: Rapport final », Québec, Ministère du travail, 2003

Bernstein, S., K. Lippel et L. Lamarche, *Les femmes et le travail à domicile : le cadre législatif canadien*, Condition féminine Canada, Ottawa, 2001

BIT (Bureau international du travail), « COVID-19: Guidance for labour statistics data collection: Defining and measuring remote work, telework, work at home and home-based work », BIT, 5 juin 2020

BIT, « Teleworking arrangements during the COVID-19 crisis and beyond », Paper presented for the 2nd Employment Working Group Meeting under the 2021 Italian Presidency of the G20, OIT et G20 Italia 2021, avril 2021

BIT, *Working from home: From invisibility to decent work*, Genève, BIT, 2021.

BIT, « World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work », Genève, BIT, 2021

Blom, J., « New Ground Rules for Jurisdictional Disputes: The Van Breda Quartet », (2012) 53:1 *Canadian Business Law Journal* 1

- Blount, Y., « Pondering the Fault Lines of Anywhere Working (Telework, Telecommuting): A Literature Review, Delft/Hanover, Now Publishers, 2015
- Boris, E., « Recognizing the Home Workplace: Making Workers through Global Labor Standards », dans Beth English, Mary E. Frederickson et O. Sanmiguel-Valderrama, édés., *Global Women's Work. Perspectives on Gender and Work in the Global Economy*, Routledge, 2019, 17
- British Columbia Law Institute, « Report on the Employment Standards Act, Vancouver, British Columbia Law Institute, décembre 2018
- Brodie, D., *The Future of the Employment Contract*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021
- Buchanan, D. D., « Defining Wrongful Dismissal: The Alberta Schism », (2019) 57-1 *Alberta Law Review* 95
- Business Development Bank of Canada (BDC), « Quel est l'avenir du télétravail ? Points de vue des PME et des employés canadiens », Ottawa, février 2021
- Carias, M. et C. Louis, « Focus: If it can be done from home, could it be done from abroad? The risks and opportunities of virtual offshoring », Coface Economic Publications, Paris, juin 2021
- Carrillo Pozo, L. F., « La cláusula de escape en la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo », (2013) 6:8 *Aranzadi Social: Revista Doctrinal* 309
- Carrillo Pozo, L. F., « La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I », (2017) 132 *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 129
- Cesaro, J-F., « La sécurité juridique et l'identification de la loi applicable », (2006) *Droit social* 734
- Charlesworth, S. et I. Campbell, (2008), « Right to request regulation: two new Australian models », (2008) 21:2 *Australian Journal of Labour Law* 1
- Clauwaert, S., « New Landmark in the EU Social Dialogue: The Telework Agreement », (2002) 8:3 *Transfer. European Review of Labour and Research* 540
- Clerici, R., « Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I? », dans G. Venturini et S. Bariatti, édés., *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, vol. 2, Milán, 2009, 215
- Commission européenne, « Telework in the EU before and after the COVID-19: where we were, where we head to », Science for Policy Briefs, European Commission, 2020
- Criscuolo, C., P. Gal, T. Leidecker, F. Losma et G. Nicoletti, « The role of telework for productivity and well-being during and post-COVID-19. Key highlights of an OECD survey among managers and workers », Global Forum on Productivity, Paris, OCDE, 2021
- Davidov, G. et B. Langille, éd., *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford/Portland, Hart, 2006
- Deinert, O., *International Labour Law Under the Rome Conventions: A Handbook*, Baden-Baden, Nomos/Hart, 2017
- Deng, Z., R. Morissette et D. Messacar, « Faire tourner l'économie à distance : le potentiel du travail à domicile pendant et après la COVID-19 », Statistique Canada, mai 2020

Desmarais, J., K. Lippel et R. Cox, « Les enjeux juridiques du télétravail au Québec. Rapport de recherche soumis au Centre francophone d'informatisation des organisations (CEFRIO) », Québec, CEFRIO, 2001

Dey, M., H. Frazis, D. S. Piccone Jr et M. A. Loewenstein, « Teleworking and lost work during the pandemic: New evidence from the CPS », *Monthly Labor Review*, U.S. Bureau of Labor Statistics, juillet 2021

Drake-Brockman, J. et al., « Digital Technologies, Services and the Fourth Industrial Revolution », Jean Monnet TIIISA Network Working Paper no. 2020-02, 14 avril 2020

Emploi, Développement social Canada (EDSC), « Rapport du Comité d'experts sur les normes du travail fédérales modernes », Gatineau, EDSC, 2019

Eurofound et BIT, « Working anytime, anywhere: The effects on the world of work », Genève-Luxembourg, BIT-Eurofound, 2017

Eurofound, « COVID-19: Implications for employment and working life », COVID-19 series, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2021

Fudge, J., E. Tucker et L. Vosko, « Le concept légal de l'emploi : la marginalisation des travailleurs », Ottawa, Commission du droit du Canada, 2002

Gesualdi-Fecteau, D. et D. Nakache, « Employment Standards for Mobile Workers », Report Prepared for the On the Move Partnership, avril 2017

Grušić, U. « Should the Connecting Factor of the Engaging Place of Business Be Abolished? », (2013) 62 *ICLQ* 173

Hennebry, J., « Falling through the cracks? Migrant workers and the Global Social Protection Floor », (2014) 14:3 *Global Social Policy* 369

Horizons de politiques Canada (HPC), « L'avenir du travail: cinq facteurs qui changent la donne », 20 juin 2019

Houwerzijl, M. et A. Schrauwen, « From Competing to Aligned Narratives on Posted and Other Mobile Workers within the EU? », dans C. Rijken and T. de Lange, éd., *Towards a Decent Labour Market for Low Waged Migrant Workers*, Amsterdam University Press, 2018

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Travailleurs temporaires », Instructions et Lignes directrices opérationnelles (à jour juillet 2021)

Jault-Seseke, F., « L'exécution du travail à l'étranger doit-elle conduire à l'application de la loi étrangère? », note sous Soc. 13 octobre 2016, n° 15-16.872 », (2017) *Revue de droit du travail* 66

Lafargue, M., *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, LGDJ, Paris, 2017

Larsen, T. P. et S. K. Andersen, « A New Mode of European Regulation? The Implementation of the Autonomous Framework Agreement on Telework in Five Countries », (2007) 13:2 *European Journal of Industrial Relations* 181

Lasek Markey, M., « Sufficient connection test and the definition of a posted worker: Unexpected lessons learnt from Dobersberger », (2021) 3 *European Law Review* 395

Lemieux, K., *Les risques économiques du télétravail salarié au Québec*, Mémoire de maîtrise en droit, Université du Québec à Montréal, août 2021

Lens, D., N. Mussche et I. Marx, « The different faces of international posting: Why do companies use posting of workers? », (2021) *European Journal of Industrial Relations* 1

- Lernhoud, J.-P., « Le travail à l'étranger. Détachement et expatriation : quelles règles appliquer ? », (2019) *Liaisons sociales, Les thématiques* 5
- Lippel, K. et D. Walters, « Regulating Health and Safety and Workers' Compensation in Canada for the Mobile Workforce: Now You See Them, Now You Don't », (2019) 29:3 *New Solutions: A Journal of Environmental and Occupational Health Policy* 317
- Lo Faro, A., « Politiche comunitarie e diritto internazionale », dans L. Gaeta et P. Pascucci, dir, *Telelavoro e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998, 213
- Martín-Pozuelo López, A., « El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional », dans Tomás Sala Franco, coord, *El teletrabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020
- Martiny, D., « Art. 8 Rom I-VO Individualarbeitsverträge », dans J. von Hein, éd, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, vol. 12, Internationales Privatrecht II, 7th ed., München, C.H. Beck, 2018
- Mazeaud, A., « Aspects individuels des délocalisations », (2005) *Droit social* 1186
- Mehdi, T. et R. Morissette, « StatCan et la COVID-19: Travail à domicile: productivité et préférences », Statistique Canada, avril 2021
- Messenger, J. et N. Ghosheh, éd., *Offshoring and working conditions in remote work*, Londres, Palgrave Macmillan, 2010
- Messenger, J. et L. Gschwind, « Three generations of telework: New ICT and the (r)evolution from home office to virtual office », (2016) 31:3 *New Technology, Work and Employment* 195
- Messenger, J. C., "Introduction: Telework in the 21st century – an evolutionary perspective" dans J. C Messenger, dir., *Telework in the 21st Century: An Evolutionary Perspective*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2019
- Ministère du Travail et de l'Emploi, Guide de politique et d'interprétation de la Loi sur les normes d'emploi, Ontario, à jour en janvier 2020
- Mitchell, C. M. et J. C. Murray, « Rapport final sur l'examen portant sur l'évolution des milieux de travail », Toronto, Ministère du Travail, mai 2017;
- Morin, F., J.-Y. Brière, D. Roux et J.-P. Villaggi, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd., Montréal, Wilson et Lafleur
- National Union of Public and General Employees (NUPGE), « Working from Home: Considerations for Unions », Ottawa, 2021
- Nielsen, H., « Revising the Fiscal and Social Security Landscape of International Teleworkers in the Digital Age », (2021) 49:2 *Intertax* 120
- Nilles, J. M. et al., « Telecommuting: An Alternative to Urban Transformation Congestion », (1976) 6: 2 *IEEE Transactions on Systems, Man and Cybernetics* 77
- Nord, N., « La mobilité du travail : approches de droit international privé », (2012) *Revue de droit du travail* 383
- Orlandini, G., « Il rapporto lavoro con elementi di internazionalità », WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 137/2012
- Pitel, S. G.A., N. S. Rafferty, *Conflict of Laws*, 2e éd., Toronto, Irwin Law, 2016

Pitel, S.G.A., « Six of One, Half a Dozen of the Other? Jurisdiction in Common Law Canada, (2018) 55 *Osgoode Hall LJ* 63

Prassl, Jeremias, « Humans as a Service: The Promise and Perils of Work in the Gig Economy », Oxford/New York, Oxford University Press, 2018

Québec, Ministère de Travail, de l'Emploi et de la Solidarité sociale, Avis sur le télétravail, par le Comité consultatif du travail et de la main-d'œuvre, Québec, Publications du Québec, 13 octobre 2020

Robert, F., *Le télétravail à domicile. L'après COVID-19 ou le retour à l'anormale*, Limal, Anthemis, 2020

Robin-Olivier, S., « La mobilité internationale des salariés », (2005) *Droit Social* 495

Ruhs, M., *The Price of Rights: Regulating International Labor Migration*, Princeton/Oxfordshire, Princeton University Press, 2013

Saba et G. Cachat-Rosset, « COVID-19 et télétravail: un remède universel ou une solution ponctuelle? Québec et comparaison internationale », Chaire BMO Diversité et Gouvernance, Université de Montréal, 27 octobre 2020; BDC 2021

Samek Lodovici, M. et al. « The Impact of Teleworking and Digital Work on Workers and Society. Special focus on surveillance and monitoring, as well as on mental health of workers », Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies, Prepared for the European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs, avril 2021

Sankaran, K., « The ILO, Women and Work: Evolving Labor Standards to Advance Women's Status in the Informal Economy », (2002) 3:3 *Georgetown Journal of Gender & the Law* 851

Sanz de Miguel, P., M. Caprile et J. Arasanz, « Regulating telework in a post-COVID-19 Europe », Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne (Agence européenne pour la santé et la sécurité au travail), 2021

Saumier, G., « Choice of Court Agreements in Common Law Canada », dans M. Keyes, dir, *Optional Choice of Court Agreements in Private International Law*, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Springer, 2020, 137

Saumier, G., « Le droit international privé et le travail international », *Développements récents en droit des affaires internationales* (2009), Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, EYB2009DEV1555

Toffoletto, F., « Nuove tecnologie informatiche e tutela del lavoratore: il potere di controllo del datore di lavoro, il telelavoro », Giuffrè Editore, 2006

Tucker, E. et B. Jowett, « Employment-Related Geographic Mobility in Canada and Collective Bargaining: A Report Prepared for the On the Move Partnership Research Team », On the Move, Policy Component, Toronto, juillet 2014

Valenduc, G. et P. Vendramin, « Le travail dans l'économie digitale : continuités et ruptures », Working Paper 2016.03, Bruxelles, European Trade Union Institute, 2016

van Hoek, A., « Private international law rules for transnational employment: Reflections from the European Union », dans A. Blackett et A. Trebilcock, eds, *Research Handbook on Transnational Labour Law*, 2015, 438

Walker, J., *Halsbury's Laws of Canada - Conflict of Laws*, LexisNexis, 2020 (reissue)

Walker, J., « Judicial Jurisdiction in Canada: The CJPTA. A Decade of Progress », (2018) 55:1 *Osgoode Hall Law Journal* 9

Zhan, X. J., « GVC transformation and a new investment landscape in the 2020s: Driving forces, directions, and a forward-looking research and policy agenda », (2021) 4 *Journal of International Business Policy* 206

8. Autrices

Naivi Chikoc Barreda est professeure à la section de droit civil de l'Université d'Ottawa. Elle donne les cours de droit international privé et de droit privé comparé. Ses intérêts de recherche actuels concernent le droit international privé et le droit privé comparé, notamment dans un contexte de mondialisation. Ses travaux de recherche portent fondamentalement sur les problématiques suscitées par la régulation des situations privées internationales et le notariat. Ses principales contributions, publiées dans des revues nationales et étrangères et dans des livres collectifs, abordent plusieurs sujets d'actualité en droit international privé québécois et européen et en droit civil. Elle est responsable de la recherche et de la rédaction de la partie 3 de ce rapport.

Stéphanie Bernstein est professeure au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. Elle enseigne en droit national, comparé et international du travail. Ses activités de recherche sont centrées sur l'inadéquation du droit du travail aux nouvelles formes d'emploi et à la précarisation du travail, l'articulation travail/famille et la situation des travailleurs. Ses recherches s'inscrivent le plus souvent dans une démarche interdisciplinaire, avec la participation de partenaires sociaux. Elle est aussi membre du Centre de recherche interdisciplinaire sur le bien-être, la santé, la société et l'environnement (CINBIOSE) et du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT). Elle est responsable de la recherche et de la rédaction des parties 1 et 2 de ce rapport.

Nous remercions Mme Katherin Scarlet Guerra Guevara et Mme Rayene Bouzitoun, de l'Université d'Ottawa, section de droit civil, pour leur assistance exceptionnelle dans les travaux de recherche ayant conduit à l'élaboration de ce rapport.