

EMPLOYEURS, MÉFIEZ-VOUS DE LA MULTIPLICITE CONTRACTUELLE EN MATIERE DE MOBILITÉ INTERNATIONALE !

Contrairement à Martine, cette faïnéante inconséquente, qui passe son temps à aller à la mer, à la campagne ou à la montagne, Vincent était un salarié honnête, sérieux et travailleur. Il ne passait pas son temps à buller.

Pourtant, peut être auraient ils du consacrer son temps à flâner comme Martine puisqu'il a bien failli perdre le bénéfice des fruits de son travail.

Salarié engagé au Maroc par une filiale d'entreprise française dans le cadre d'un contrat local dit « contrat de travail étranger », Vincent a failli être victime des spécificités du droit du travail local privant les salariés étrangers du droit de bénéficier des dispositions du code du travail local relatives à l'ancienneté et à l'indemnisation du licenciement abusif.

Dans ce pays, les contrats de travail conclus avec des étrangers étaient, selon la justice, régis par le Dahir du 15 novembre 1934 et devaient avoir une durée limitée qui prenait fin à l'expiration de la durée pour laquelle le visa du ministère de l'emploi avait été donné. Ils conservaient ce caractère précaire même dans les cas où ils auraient été renouvelés à l'expiration de la durée autorisée, et chaque nouvelle période était considérée comme totalement indépendante de celle qui l'a précédée.

Dès lors, les salariés étrangers étaient considérés comme étant indéfiniment sous contrat à durée déterminée ce qui les privait d'un certain nombre de droits notamment ceux assis sur l'ancienneté et surtout des indemnités de rupture.

C'est cette jurisprudence constante depuis plusieurs dizaines d'années que la chambre sociale de la Cour de cassation a mise à bas par un arrêt en date du 16 octobre 2018 (n°1/936), ouvrant ainsi le droit à pleine indemnisation et à ancienneté à tous les salariés étrangers des entreprises du Royaume du Maroc.

La Cour de cassation marocaine estime désormais qu'à l'instar du salarié marocain, les contrats impliquant des



Mohamed Oulhour

travailleurs étrangers sont soumis aux dispositions générales du code du travail et produisent les mêmes effets juridiques, y compris en termes d'indemnisation pour licenciement abusif. Les difficultés rencontrées par Vincent rappellent ainsi que la mobilité internationale des salariés, à ne pas limiter aux seules situations de détachement intra-groupe, pose un certain nombre de problématiques au premier rang desquelles se situe la question de la loi et du régime juridique applicable au contrat de travail international.

Ne seront toutefois abordés dans le cadre du présent article que l'aspect juridique de la mobilité internationale à l'exclusion des problématiques liées à la sécurité sociale, à la prévoyance, à l'immigration ou à la fiscalité.

Précisions également au plan terminologique que peu importe la qualification retenue par les parties, ce sont les conditions de l'envoi du salarié à l'étranger qui sont déterminantes pour qualifier juridiquement sa situation. Les notions de « détachement » et d'« expatriation », appartenant au droit de la sécurité sociale, ont pour seul objet en principe de définir le régime de sécurité sociale auquel le salarié doit être affilié. Ces notions ne signifient donc pas grand-chose du point de vue du droit du travail qu'elles n'obligent pas.

Ainsi, au plan du droit du travail, l'envoi d'un salarié à l'étranger, peut revêtir au moins quatre modalités.

- La première situation consiste en la mutation dans le cadre d'une mission temporaire d'un salarié jusqu'alors employé au sein d'un établissement situé en France que l'on affecterait, à titre provisoire ou définitif, au sein d'un établissement situé à l'étranger. Dans cette hypothèse, il n'y a pas changement d'employeur mais seulement changement de lieu de travail. Si le contrat de travail de l'intéressé ne comporte pas de clause de mobilité permettant à l'employeur d'imposer au salarié sa nouvelle affectation, ce changement constitue une modification du contrat de travail qui doit faire l'objet d'un accord exprès du salarié. A l'inverse, si le contrat de travail comporte une clause de mobilité recouvrant cette situation (le contrat doit avoir prévu l'hypothèse d'une affectation possible à l'étranger et la clause de mobilité doit être mise en œuvre dans l'intérêt de l'entreprise), il s'agit d'un changement dans les conditions de travail que le salarié ne peut en principe pas refuser.

- La deuxième situation, que l'on pourrait qualifier de « détachement » en plagiant le vocabulaire du droit de la sécurité sociale, caractérise le cas du salarié muté dans une autre entreprise que celle avec laquelle il a conclu son contrat de travail, la première mettant à disposition de la seconde le salarié afin que celui-ci y accomplisse une mission déterminée. Dans cette hypothèse, le contrat de travail d'origine est maintenu et il n'est pas indispensable qu'un contrat de travail « local » soit conclu. Le critère déterminant est celui du maintien du lien de subordination avec l'employeur d'origine, bien que le salarié doive exécuter momentanément sa prestation de travail à l'étranger. Dans ce cas, le salarié doit se plier au pouvoir de direction de l'entreprise d'accueil notamment en ce qui concerne la réglementation intérieure de cette dernière, l'hygiène et la sécurité, mais il doit également respecter « l'ordre public local » (notamment, la réglementation relative à la durée du travail, les congés payés, la grève etc.). Un contrat local peut être conclu pour des raisons administratives, mais, le plus souvent, ce « détachement » se concrétise par un avenant au contrat de travail principal,

voire, une simple lettre de détachement. En tout état de cause, en cas de rupture du contrat de travail conclu avec la filiale étrangère, il convient alors de faire application de l'article L. 1231-5 code du travail : « *Lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein* ».

- Le salarié peut également faire l'objet d'une « mobilité volontaire sécurisée » au sens de l'article L. 1222-12 du code du travail. Cette hypothèse, prévue par le code du travail, constitue une variante du cas précédent mais conduit à une dualité de contrat de travail. En pratique, le cas rencontré le plus fréquemment est celui de la mise à disposition à partir d'une société mère française dans une filiale étrangère de celle-ci. Dans cette hypothèse, le contrat de travail initial est suspendu. Un contrat local est conclu avec la filiale étrangère. En cas de rupture du contrat de travail conclu avec la filiale étrangère, le contrat initial renaît. Il convient alors de faire application de l'article L. 1222-14 du code du travail : « *A son retour dans l'entreprise d'origine, le salarié retrouve de plein droit son précédent emploi ou un emploi similaire, assorti d'une qualification et d'une rémunération au moins équivalentes ainsi que du maintien à titre personnel de sa classification* ».

- Enfin, le salarié peut faire l'objet d'un véritable transfert, d'une entreprise à une autre. Il y a transfert, lorsque deux entreprises se mettent d'accord sur le passage d'un salarié de l'une à l'autre, avec rupture définitive du contrat initial et conclusion d'un nouveau contrat. Une telle opération intervient le plus souvent au sein de groupes de sociétés mais elle peut concerner deux entreprises n'ayant aucun lien capitalistique entre elles.

Du point de vue de la compréhension des enjeux juridiques de la mobilité, deux situations émergent réellement et nous pouvons les distinguer selon que les parties seront liés par un ou plusieurs contrats de travail.

I. MOBILITE INTERNATIONALE ET UNICITE CONTRACTUELLE

Le terme d'unicité contractuelle recouvre deux situations :

- celles où le salarié part travailler à l'étranger pour une durée plus ou moins déterminée sans que le contrat de travail d'origine soit rompu ou suspendu et en conséquence sans qu'il soit nécessaire de conclure un contrat de travail local
- celles où le salarié est engagé directement et uniquement dans le cadre d'un contrat local.

I.1. La première est la situation la plus enviable pour les salariés et probablement la plus coûteuse pour les entreprises. Elle se fait de plus en plus rare. La seconde est en général beaucoup moins enviable mais se fait de plus en plus fréquente.

Cette situation se caractérise par les critères généraux suivants :

- le maintien d'un lien de subordination effectif avec l'employeur ;
- le caractère temporaire de l'activité exercée à l'étranger¹ ;
- le maintien du statut social et fiscal dans le pays d'établissement de l'employeur parfois de manière totalement artificielle au moyen de mécanismes dits d'égalisation fiscale.

En pareille situation et bien que travaillant à l'étranger, le salarié sera traité comme un salarié travaillant en France tout en bénéficiant de la prise en charge des frais et sujétions générées par l'exercice de son travail hors du territoire national. Le contrat de travail demeure donc soumis au droit français, même si le travail est exécuté à l'étranger.

A noter que des aménagements sont cependant envisageables.

En effet, lorsque le lieu de conclusion et d'exécution du contrat de travail sont différents, ce qui confère au contrat de travail un caractère « international », les parties ont la possibilité en application du Règlement européen 593/2008 « Rome 1 » de choisir la loi applicable au contrat.

Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat. Les parties disposent d'une grande liberté en la matière. Ils peuvent par exemple soumettre le contrat à loi du pays d'origine pour l'essentiel et retenir

celle du pays d'exécution du contrat dans certains domaines².

Le choix des parties ne peut cependant pas avoir pour effet de porter atteinte :

- aux lois dites de police, qui sont définies comme des dispositions dont le respect est jugé crucial par le pays où le juge est saisi pour la sauvegarde des intérêts publics ;
- à la protection dont aurait bénéficié le salarié, s'il avait été fait application des « dispositions impératives » de la loi qui aurait été applicable, à défaut de choix des parties³.

I.2. Les entreprises privilégient ces derniers temps les contrats locaux principalement pour des questions de coûts puisqu'un salarié embauché localement coûte en général de deux à trois fois moins cher. Mais aussi parce qu'il est de plus en plus difficile pour elles de justifier auprès des équipes locales ou au regard du droit du travail local les différences de traitements et de rémunération entre locaux et étrangers.

Ce qui se joue également dans le cadre de la prévalence des recrutements en droit local uniquement, c'est la question non seulement de l'indemnisation de la rupture mais aussi du « droit au retour »⁴, droit qui recouvre non seulement la question du rapatriement du salarié et de sa famille mais aussi celle de son reclassement dans l'entreprise d'origine. Cette dernière étant particulièrement complexe à appréhender et surtout à satisfaire.

La conclusion d'un contrat local exclusivement et donc l'absence de maintien d'un lien avec l'employeur d'origine rend particulièrement difficile l'invocation par le salarié d'un tel droit au retour.

C'est à l'aune de cette garantie de rapatriement que les salariés exigent et obtiennent parfois que la société mère conserve sa qualité d'employeur au côté de la société située à l'étranger générant ainsi une situation de multiplicité contractuelle, généralement favorable au salarié mais défavorable à l'employeur.

II. MOBILITE INTERNATIONALE ET MULTIPLICITE CONTRACTUELLE

Ce terme de multiplicité contractuelle recouvre des situations, particulièrement dangereuses pour les entreprises, dans

1 - Le caractère temporaire n'est pas incompatible avec des durées pouvant aller jusqu'à six années et parfois plus.

2 - Par exemple en matière de durée du travail ou de jours fériés, ou encore en matière d'hygiène et sécurité.

3 - Cf. l'article 8 § 1 du Règlement Rome 1.

4 - La Semaine Juridique Sociale n° 10, 3 Mars 2009, 1092. Mobilité internationale : détachement dans une filiale étrangère, Etude par Philippe Coursier

lesquelles le salarié est couverts par au moins deux contrats de travail.

Du strict point de vue du droit du travail, cette situation se caractérise par le maintien au moyen d'une suspension de ses effets du lien contractuel avec l'entreprise française ainsi que de la conclusion d'un contrat de travail local avec une entreprise du pays d'exécution de la prestation de travail qui rémunèrera directement le salarié. Ce contrat de travail est alors soumis au droit local.

Cette multiplicité peut être parfois voulue et acceptée mais elle peut aussi être tout simplement subie par les entreprises.

En effet, dans la plupart des pays de la planète, des lois strictes régissant l'accès au territoire et au travail pour les personnes étrangères ont été mises en place. Ces lois sont globalement et mondialement de plus en plus restrictives.

Ces lois obligent les entreprises étrangères, pour lesquelles le franchissement de frontières et l'envoi de collaborateurs à l'étranger sont devenus quasi routinier, à devoir presque systématiquement mettre en place un contrat de travail soumis au droit local pour des raisons d'immigration et d'obtention de titre de séjour ou d'autorisation de travail.

Ces contrats du travail locaux sont la plupart du temps appréhendés par les directions des ressources humaines des sociétés comme un simple formalisme requis à des fins d'immigration et non comme des contrats de travail de plein droit générant des obligations à la charge de la filiale locale en application des dispositions légales locales.

Alors même qu'il s'agit de contrats de travail de plein droit qui pourront produire leur plein effet notamment en matière d'indemnisation des salariés en cas de rupture de contrat. Indemnisation qui pourra le cas échéant être cumulée avec celles applicables au titre du contrat de travail français suspendu. Le réveil peut alors être particulièrement douloureux si la société n'a pas anticipé une telle situation en prévoyant dans le cadre de la suspension du contrat de travail, les modalités d'indemnisation de la rupture et la renonciation du salarié aux dispositions du droit local notamment. Cette renonciation se traduit juridiquement par une démission du salarié ou par le fait que ce dernier donne son accord pour une rupture amiable de son contrat de travail local lorsque la fin de la suspension du contrat d'origine est annoncée.

Il est donc impératif pour les entreprises qui envoient des collaborateurs à l'étranger en ne rompant pas le

contrat d'origine de prévoir dans le cadre de l'avenant de détachement, les modalités de rupture du contrat local, que la mise en place de ce contrat ait été motivé par des considérations de forme (immigration, séjour) ou de fond (droit du travail, fiscalité, sécurité sociale).

A défaut, elles pourraient avoir à indemniser doublement les salariés. En premier lieu au niveau de la filiale et en second lieu au niveau de la société mère. Difficile en effet d'obtenir l'application de la règle *non bis in idem* en matière d'indemnisation pour la rupture de deux contrats avec deux employeurs différentes dans deux juridictions différentes.

Mieux vaut donc pour les entreprises qui entendent envoyer des collaborateurs travailler à l'étranger s'en tenir à un seul contrat, à un seul lien juridique ou à défaut à l'établissement d'un contrat cadre de mobilité.

Mohamed OULHOUIR, avocat associé du cabinet CHASSANY WATRELOT & ASSOCIES et managing partner des entités de CWA Maghreb



Prélèvement à la source, comment expliquer et rassurer les équipes ? Voici le gagnant de la 1^{ère} Battle Legaldesign du Village de la Justice !

? LE LEGALDESIGN, KESAKO ?

Le LegalDesign consiste à faire comprendre en images des problématiques liées au droit : situations, lois, processus... L'utilisateur identifié, le LegalDesigner explique le sujet en utilisant la forme qu'il juge opportune : bande dessinée, infographie, vidéo,... Une alternative concise et claire aux textes parfois complexes, qui permet aux professions juridiques de rendre l'information plus accessible à ses clients !

🏆 VOICI LE GAGNANT DE NOTRE CONCOURS ORGANISÉ SUR LE VILLAGE DE LA JUSTICE, SUR UN CAS CONCRET QUE VOICI...

« Nous sommes une PME de 30 personnes d'un secteur des services, avec des évolutions de personnel assez fréquentes et des contrats divers (CDI, CDD et stages), et nous avons tout fait avec mon prestataire de paye pour mettre en place le prélèvement à la source dès ce mois de Janvier, et ça marche.

Mais passé l'information préalable et la 1^{ère} mise en place, nous avons déjà de premières questions du personnel sur la suite... Comment expliquer le prélèvement à la source en fin d'année, au moment des réajustements, ou dans le cas de toutes les modifications de la vie de chacun (mariage ou séparation, enfants, changements de situation... qui ont un impact forcément sur les impôts). Comment expliquer et rassurer les équipes ? »

NOUS VOUS PRÉSENTONS CI-CONTRE LE RÉSULTAT EN IMAGE ; UNE PLANCHE PROPOSÉE PAR LE CABINET CALLIOS ET MADAME CRÉA. ➔

Stéphanie Marais-Batardière, avocat et fondatrice du cabinet CALLIOS et Sabine Bertrand, designer et fondatrice de l'agence MADAME CREA, accompagnent les professionnels du droit pour les faire évoluer d'experts incompris à ténors recherchés en pleine ubérisation du droit. Elles les aident à révéler enfin qui ils sont vraiment et comment créer une relation plus collaborative avec leurs clients. Leur interprofessionnalité leur a permis de créer une méthode pour mieux comprendre les clients, réinventer les pratiques métiers et créer des outils visuels d'accompagnement grâce au Collaborative Legal Design. www.callios.net & www.madamecrea.fr

Retrouvez régulièrement d'autres exemples sur Village-justice.com.