

SERVICE JURIDIQUE

JURISINFO FRANCO-ALLEMAND

MAI 2015

Avertissement : Cette note a pour but de donner une information générale et ne peut remplacer une étude juridique personnalisée.

DETACHEMENT OU EXPATRIATION EN ALLEMAGNE : LE SORT DU CONTRAT DE TRAVAIL

De nombreuses entreprises françaises sont amenées à envoyer certains de leurs collaborateurs en Allemagne pour une durée plus ou moins longue (par exemple auprès d'une entreprise du même groupe).

Dans de tels cas, en ce qui concerne le contrat de travail, plusieurs questions vont se poser à l'employeur :

- **quelle est la loi applicable au contrat de travail ?**
- **quelles sont les particularités de ce contrat de travail ?**
- **quel est le tribunal compétent en cas de litige ?**

Ces questions doivent trouver une réponse par référence aux règles du droit international privé, qui découlent principalement de conventions internationales.

N.B. : A noter que les principes dégagés ci-après ne s'appliquent qu'au régime du contrat de travail et ne préjugent en aucun cas des règles applicables au régime de protection sociale et en matière de fiscalité.

Par ailleurs les termes "détachement" et "expatriation" n'ont pas le même sens en droit du travail et en matière de sécurité sociale. En conséquence, il n'y a aucun lien entre le droit applicable au contrat de travail d'un salarié (détaché ou non) et le statut du détaché au regard de la protection sociale.

De manière générale, selon le droit du travail, il y a "détachement" lorsque le salarié est transféré à l'étranger pour une brève durée; dès lors que le transfert est effectué de manière durable ou lorsque le salarié est recruté directement pour être envoyé à l'étranger on parlera communément "d'expatriation". Cependant ces 2 termes ne possèdent, en droit du travail, aucune définition juridique précise.

I. DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT :

a) Règles applicables :

Les règles qui déterminent la législation applicable au contrat de travail du salarié français en Allemagne résultent du règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 (dit Rome I), qui remplace la Convention de Rome du 19 juin 1980 (sur la loi applicable aux obligations contractuelles).

S'agissant du contrat de travail "franco-allemand", les principes sont les suivants :

- le contrat de travail est soumis à la législation choisie par les parties ; ceci étant, ce choix ne peut priver le salarié d'une protection plus favorable que lui assurent les dispositions impératives, e la loi qui serait applicable à défaut de choix.
- A défaut de choix exprès des parties ou de choix résultant du contrat ou des circonstances de la cause, la loi applicable au contrat de travail sera :
 - soit celle du lieu d'exécution habituelle du travail, même en cas de détachement temporaire dans un autre pays ;
 - soit, si la loi ne peut pas être déterminée sur cette base, celle du lieu de l'établissement qui a embauché le salarié,
 - toutefois, s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, la loi de cet autre pays sera applicable.
- La convention de Rome ne contient aucune définition des dispositions impératives. Parfois, le caractère impératif découlera des textes. Dans le silence des textes, c'est au juge de cerner cette notion de disposition impérative.
- Enfin, l'article 9 de la Convention de Rome stipule que les dispositions impératives encore appelées lois de police de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit pourront s'appliquer, quelle que soit la loi régissant le contrat. Tel est en règle générale par exemple le cas des lois concernant le licenciement.
- La directive communautaire 96-71 du 16 décembre 1996 relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services oblige l'employeur établi dans un Etat membre dans lequel la protection sociale est faible à respecter un certain nombre de règles du droit de l'Etat membre d'accueil dans lequel le travailleur est mieux protégé.
Quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les travailleurs détachés bénéficient de la réglementation en vigueur dans le pays d'accueil lorsqu'elle est plus favorable que celle du pays d'origine. Il s'agit notamment des éléments suivants : la durée du travail, les congés payés, la rémunération minimale, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail.

b) Conséquences pratiques :

En pratique, la combinaison des règles ci-avant édictées emporte les conséquences suivantes:

A défaut de choix de la loi applicable :

- le contrat de travail du salarié français détaché temporairement en Allemagne par son employeur restera soumis au droit français, la France étant le lieu d'exécution habituel du travail. Cette solution implique toutefois que le séjour à l'étranger ne dépasse pas une certaine durée, auquel cas le lieu d'exécution habituel du travail ne pourrait plus être considéré comme étant situé en France. Enfin, le salarié pourra se prévaloir des dispositions impératives plus favorables de la loi allemande.

- en cas de transfert durable d'un salarié, la loi du pays de transfert, donc la loi allemande, pourrait être appliquée par le juge.

- le contrat de travail d'un salarié français recruté en France pour travailler directement pour le compte d'une entreprise allemande (par exemple une filiale) en Allemagne sera régi par le droit allemand.

- le contrat de travail d'un salarié français travaillant habituellement en Allemagne pour le compte d'un employeur français sera soumis au droit allemand.

Remarque: les droits français et allemand accordant tous deux un niveau relativement élevé de protection au salarié, l'opportunité du choix de l'une ou l'autre législation dépendra du cas par cas. De même, il n'est pas possible de déterminer de manière exhaustive et précise les dispositions impératives de l'un et l'autre droit. Il convient afin d'obtenir une meilleure sécurité juridique, de confier l'analyse des circonstances concrètes à un professionnel du droit.

En tout état de cause, il est conseillé de prévoir la loi applicable dans le contrat.

II. REDACTION DU CONTRAT

Il s'agit d'envisager les spécificités du contrat de travail du personnel expatrié et détaché.

a) Mise en situation de détachement :

En dehors de l'embauche d'un salarié français en vue de son expatriation et si le contrat de travail ne comporte pas de clause de mobilité, la décision de détacher temporairement un salarié qui exécute son travail en France peut constituer une modification substantielle du contrat de travail soumise à acceptation de la part du salarié. Dans ce cas, l'employeur doit requérir l'accord du salarié ou de tirer les conséquences de son refus.

Si le contrat est soumis à la loi française et si l'expatriation du salarié pour une durée supérieure à un mois est prévue dès l'embauche, le document d'embauche doit mentionner la durée de l'expatriation, la devise dans laquelle le salaire sera payé, le cas échéant les avantages en espèces et en nature liés à l'expatriation ainsi que les

conditions de rapatriement. Toute modification d'une ou plusieurs de ces informations doit faire l'objet d'un document remis à l'intéressé au plus tard un mois après la date de la prise d'effet de la modification.

b) Clauses supplémentaires :

Le contrat faisant la loi des parties, celles-ci ont intérêt à préciser certains points susceptibles d'engendrer des difficultés ; encore faut-il que les clauses insérées dans le contrat soient licites au regard de la législation applicable au contrat ou des dispositions impératives de la législation de l'autre pays.

c) Conventions et accords collectifs :

Dans le cas où le contrat de travail est soumis à la loi française, la convention collective régissant l'entreprise française n'aura pas vocation à s'appliquer automatiquement. En effet, les conventions collectives fixent elles-mêmes leur champ d'application territorial et rares sont celles qui s'appliquent aux contrats exécutés hors de France.

Cependant quelques conventions comportent des dispositions relatives aux salariés détachés ou expatriés.

Lorsque ces conventions prévoient les clauses à inclure dans un avenant de détachement ou d'expatriation, il est nécessaire de s'y conformer.

A défaut de dispositions de la convention collective relatives au détachement ou à l'expatriation, le contrat de travail pourra prévoir que la convention s'appliquera au travail exécuté en Allemagne.

d) Durée du contrat :

Dans la mesure où une mission aura une durée limitée dans le temps, l'employeur choisira soit de limiter la mission elle-même dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, soit de limiter la durée du contrat en concluant un contrat à durée déterminée (CDD).

Si le contrat de travail est soumis à la loi française, la réglementation du Code du travail relative aux CDD devra s'appliquer ; devront notamment être respectées les dispositions relatives à la durée maximale du contrat (24 mois pour une mission à l'étranger, art. L 1242-8 C. trav.).

III. STATUT DES SALARIES ENVOYES EN ALLEMAGNE

a) Prise en compte dans l'effectif de l'entreprise implantée en France

Selon l'Administration du Travail tout salarié français employé à l'étranger par une entreprise située en France doit être prise en compte dans l'effectif. De manière générale, le salarié détaché à l'étranger devra être compris dans l'effectif aussi longtemps que subsiste un lieu de subordination avec l'entreprise d'origine en France. Il en est de même lorsqu'un salarié a été recruté en France pour travailler directement en Allemagne pour le compte de l'entreprise française.

b) Représentation du personnel :

Les salariés détachés et expatriés en Allemagne peuvent-ils participer aux élections des institutions représentatives du personnel et sont-ils éligibles ?

Les salariés sont électeurs à condition de réunir les conditions générales. La Cour de Cassation a jugé que des salariés détachés à l'étranger par une banque ayant son siège à Paris et demeurant sous la subordination de celle-ci pendant leur détachement doivent figurer sur les listes électorales de son établissement parisien pour l'élection des délégués du personnel (Cass. soc. 29 janvier 1992 n° 90-60.526).

Quant à la possibilité de détenir un mandat de représentation, les tribunaux recherchent si le salarié envoyé à l'étranger est en mesure de remplir efficacement son mandat ; tel ne sera généralement pas le cas lorsque le salarié est recruté par une entreprise pour travailler durablement à l'étranger, en raison de l'éloignement du salarié.

IV. RUPTURE DU CONTRAT

La rupture du contrat de travail "franco-allemand", notamment par licenciement, est plus complexe qu'en droit interne car les exigences posées par la législation de chacun des pays ici concernés constituent des dispositions d'ordre public. Donc, même si le contrat de travail est expressément soumis à la loi de l'un des pays, les règles de l'autre législation auront vocation à s'appliquer.

- Cas du salarié mis à disposition d'une filiale allemande et licencié par celle-ci (art. L 1231-5, al.1 C. trav.):
Lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et le salarié est lié par un contrat à la société filiale, la société mère doit assurer son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procurer un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société mère.

Quoiqu'il en soit, s'agissant de la rupture du contrat (préavis, respect de la procédure légale...), il est conseillé aux parties d'en envisager avec précision les modalités dès la conclusion du contrat, dans le respect des dispositions légales à ce sujet.

V. TRIBUNAL COMPETENT

La question de savoir quelle juridiction sera compétente (juridiction française ou tribunal allemand ?) en cas de litige relatif au contrat de travail est complètement indépendante du problème de la loi applicable au contrat lui-même. Il n'y a donc pas de concordance automatique entre juridiction compétente et application de la loi du pays de cette juridiction.

La situation du salarié français exécutant son travail en Allemagne est régie par le règlement communautaire 44/2001 du 22 décembre 2000 qui remplace depuis le 1^{er} mars 2002 la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et qui s'applique aux pays membres de l'Union européenne.

- L'application des règles de compétence juridictionnelle aboutit aux conclusions suivantes :
- Si le salarié engage un recours contre son employeur français, il a le choix entre le tribunal du lieu du domicile du défendeur, donc la France, ou le tribunal du lieu où il accomplit habituellement son travail. S'il n'accomplit pas habituellement son travail dans un même Etat, il peut saisir le tribunal du lieu où se trouve ou trouvait l'établissement qui l'a embauché.
- Si l'employeur engage un recours contre son salarié, il peut uniquement saisir le tribunal compétent du domicile du salarié.
- Les parties au contrat ont désigné le tribunal compétent (clause attributive de juridiction) :

Il ne peut être dérogé aux dispositions qui fixent les conditions de détermination de la juridiction compétente que si la clause attributive de juridiction est postérieure à la naissance du différend ou si elle permet au travailleur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués par le règlement CE 44/2001.

Réf. : Social/sort contrat en cas détachement ou expatr.

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE STRASBOURG ET DU BAS-RHIN
JURISINFO FRANCO-ALLEMAND
10, PLACE GUTENBERG

67081 STRASBOURG CEDEX

☎ 03 88 75 25 23

juridique@strasbourg.cci.fr

<http://www.strasbourg.cci.fr>