

WEKA Business Media SA



# Détachement et mobilité internationale

Aspects juridiques et questions pratiques

**B BOOKS**  
BUSINESS BOOKS *Un problème? Pas de problème!*

CIP-Notice abrégée de la deutsche Bibliothek

## **Détachement et mobilité internationale**

Auteur: WEKA Business Media SA

Direction de projet: Birgitt Bernhard-Postma

Traduction et relecture: Patrick Lehner, Vandoeuvres

WEKA Business Media AG, Suisse

© WEKA Business Media AG, Zurich, 2015

Sous réserve des droits d'édition. La reproduction totale ou partielle des données fournies au lecteur dans le cadre de cet ouvrage, est interdite.

Les définitions, recommandations et informations juridiques émises dans le cadre de cet ouvrage reflètent le point de vue des auteurs. Bien que la rédaction de la maison d'édition accorde le plus grand soin à l'exactitude des données que le lecteur peut consulter dans cet ouvrage, des erreurs ne sont jamais exclues. La maison d'édition et ses auteurs ne peuvent en aucune façon être rendus responsables de dommages quelconques pouvant résulter de l'utilisation de données erronées mentionnées dans cet ouvrage.

WEKA Business Media AG

Hermetschloostr. 77, CH-8048 Zurich

Téléphone 044 434 88 88, Téléfax 044 434 89 99

[www.weka.ch](http://www.weka.ch)

Zurich • Kissing • Paris • Amsterdam • Vienne

---

ISBN 978-3-297-02092-0

1<sup>ère</sup> édition 2015

Impression: CPI buchbuecher.ch, Layout: Dimitri Gabriel, Composition: Peter Jäggi,

Traduction et relecture: Patrick Lehner, Vandoeuvres



*Un problème? Pas de problème!*

# Table des matières

<b>1.</b>	<b>Aspects relevant du droit du travail relatifs aux détachements</b> .....	5
1.1	Introduction .....	7
1.2	Conception relative au droit du travail.....	8
1.3	Une adaptation du contrat est-elle réellement nécessaire?.....	8
1.4	Les différents modèles de contrats.....	11
1.4.1	Généralités.....	11
1.4.2	Le détachement classique .....	11
1.4.3	Le transfert à durée limitée .....	29
1.4.4	Autres modèles de contrat .....	34
1.4.5	Quel modèle de contrat est le plus adapté?.....	35
1.5	La forme des contrats.....	36
1.6	Directives de détachement .....	37
1.6.1	Généralités.....	37
1.6.2	Intégration dans le modèle de contrat .....	38
1.6.3	Modification unilatérale de la directive de détachement par l'entreprise.....	39
1.7	Relation contractuelle entre l'entreprise d'origine et l'entreprise de détachement .....	39
1.7.1	Généralités.....	39
1.7.2	Contenu de l'accord interentreprises.....	40
1.8	Difficulté liée au droit suisse de location de personnel.....	41
1.8.1	Interdiction de la location de personnel depuis l'étranger .....	41
1.9	Droit international privé.....	43
1.9.1	Fondements.....	43
1.9.2	Normes d'application .....	45
<b>2.</b>	<b>Entrée en Suisse – Autorisations de séjour et de travail</b> .....	49
2.1	Introduction et considérations internationales.....	50
2.2	Détachement d'employés étrangers en Suisse .....	52
2.2.1	Situation de départ.....	52
2.2.2	Le détachement dans le droit suisse relatif aux autorisations de séjour et de travail.....	54
2.2.3	Les détachements en Suisse sont-ils soumis à l'obligation d'autorisation? .....	55
2.2.4	Droit à l'accord d'une autorisation.....	58
2.2.5	Pas de droit à l'accord d'une autorisation .....	65
2.2.6	Demandes d'autorisation .....	71
2.2.7	Mesures d'accompagnement, en particulier prescriptions sur le salaire.....	73
<b>3.</b>	<b>Directives relatives au détachement de séjour et de travail</b> .....	79
3.1	Introduction .....	81
3.1.1	Classification des directives relatives au détachement.....	82
3.1.2	Réflexions de base sur les directives relatives au détachement.....	83
3.1.3	Déménagement.....	84
3.2	Stratégies de rétribution.....	85
3.2.1	Généralités et principes.....	85
3.2.2	Ensemble d'indemnisation .....	89
3.2.3	Méthodes de compensation fiscale .....	91
3.2.4	Méthodes de rétribution.....	100

3.3	Aperçu des différentes directives relatives au détachement et à leur application .....	105
3.3.1	Long Term Policy/Standard Policy .....	106
3.3.2	Short Term Policy .....	107
3.3.3	Permanent Transfer/Indefinite Length Policy – Déménagement.....	108
3.3.4	Commuter Policy – Frontaliers et résidents à la semaine .....	109
3.3.5	Business Trip Policy – Règlement des déplacements professionnels .....	110
3.3.6	Directives de formation .....	111
3.4	Annexe .....	112
	1. Modèle de contenu d'une directive relative au détachement.....	112
	2. Exemple de calcul d'extrapolations fiscales dans le brut (Gross-up) .....	114
<b>4.</b>	<b>Le traitement fiscal des expatriés.....</b>	<b>119</b>
4.1	Introduction .....	120
4.2	Règles d'assujettissement .....	120
4.3	Les frais d'acquisition du revenu en général (art. 26 LIFD; art. 9 al. 1 LHID).....	122
4.4	L'OEXPA – jusqu'au 31 décembre 2015.....	123
4.5	L'OEXPA – dès le 1 <sup>er</sup> janvier 2016.....	125
4.6	Prévoyance – rachat exportation .....	127
<b>5.</b>	<b>La sécurité sociale.....</b>	<b>129</b>
5.1	Les trois piliers .....	133
5.1.1	Structure des trois piliers.....	133
5.1.2	Autres assurances sociales en Suisse .....	134
5.1.3	Responsabilité et financement .....	135
5.2	Le 1 <sup>e</sup> pilier .....	135
5.2.1	Personnes assurées à l'AVS .....	136
5.2.2	Personnes assurées à l'AI .....	136
5.2.3	Personnes assurées à l'AC .....	138
5.3	Le 2 <sup>e</sup> pilier .....	138
5.3.1	Partie obligatoire.....	138
5.3.2	Partie surobligatoire .....	139
5.3.3	Rachats de la caisse de pension .....	139
5.3.4	Versement des prestations de la caisse de pension et impôts .....	140
5.3.5	Paiement en espèces .....	140
5.4	Le 3 <sup>e</sup> pilier .....	140
5.4.1	Le pilier 3a .....	141
5.4.2	Le pilier 3b .....	142
5.5	Concepts importants .....	143
5.5.1	Principe d'exportation des prestations .....	143
5.5.2	Détachement de collaborateurs.....	143
5.5.3	Domicile .....	145
5.5.4	Uniquement pour une courte durée .....	145
5.5.5	Double cotisation déraisonnable.....	145
5.6	Assujettissement d'assurance d'une manière générale .....	146
5.6.1	Dispositions de la LAVS .....	146
5.6.2	Assujettissement en Suisse ou dans un Etat ayant signé une convention .....	147
5.6.3	Assujettissement à l'assurance de cercles spécifiques de personnel .....	147
5.7	Convention entre la Suisse et les Etats de l'UE.....	147

5.7.1	Principe de l'affiliation .....	147
5.7.2	Détachement de Suisse dans un Etat de l'UE .....	149
5.7.3	Détachement depuis un Etat de l'UE vers la Suisse .....	152
5.7.4	Autres informations et sources.....	152
5.8	Accord avec les Etats de l'AELE et la Suisse .....	152
5.8.1	Principes de l'assujettissement.....	153
5.8.2	Détachement depuis la Suisse dans un Etat de l'AELE .....	154
5.8.3	Détachement depuis un Etat de l'AELE vers la Suisse .....	157
5.8.4	Autres informations et sources.....	157
5.9	Conventions d'assurances sociales avec un Etat contractuel en dehors des Etats de l'UE/AELE ..	157
5.9.1	Principe: assujettissement au lieu de l'activité lucrative.....	158
5.9.2	Détachement de Suisse dans un Etat contractuel en dehors de l'UE/AELE .....	158
5.9.3	Détachement d'un Etat contractuel en dehors de l'UE/AELE vers la Suisse .....	160
5.9.4	Autres informations et sources.....	161
5.10	Etats sans convention – Etat non contractuel .....	161
5.10.1	Principes de l'assujettissement.....	161
5.10.2	Détachement de Suisse dans un Etat non contractuel.....	162
5.10.3	Détachement d'un Etat non contractuel en Suisse .....	162
5.10.4	Autres informations et sources.....	164
<b>6</b>	<b>Digression: participation des collaborateurs.....</b>	<b>167</b>
6.1	Général .....	169
6.2	Types de participations des collaborateurs.....	170
6.2.1	Actions de collaborateurs.....	170
6.2.2	Options de collaborateurs .....	170
6.2.3	Restricted Stock Units/actions différées .....	171
6.2.4	Plans fictifs (participations de collaborateur non réelles).....	171
6.3	Imposition des participations de collaborateur en Suisse .....	172
6.3.1	Actions de collaborateurs.....	172
6.3.2	Options de collaborateurs .....	174
6.3.3	Restricted Stock Units/actions différées .....	174
6.3.4	Plans fictifs.....	175
6.4	Imposition de participations de collaborateur à l'étranger.....	175
6.4.1	Imposition identique .....	175
6.4.2	Divergences par rapport à la pratique suisse.....	176
6.5	Exclusion du revenu dans la relation internationale (MC OCDE).....	177
6.5.1	Réglementation suivant la convention en matière de double imposition .....	177
6.5.2	Règles d'exclusion selon la loi unilatérale suisse.....	179
6.6	Traitement des participations de collaborateur en termes de droit de l'assurance sociale .....	181
6.6.1	Règles générales .....	181
6.6.2	Dispositions dans les contrats internationaux .....	181
6.6.3	Différents systèmes d'assurance sociale.....	182
6.6.4	Règles relatives à l'assurance sociale en Suisse .....	182
6.7	Administration et attestation des participations de collaborateur pour les employés détachés..	183
6.7.1	Gestion.....	183
6.7.2	Obligations d'attestation de l'employeur .....	183
6.7.3	Attestation pour les employés détachés (données de migration).....	185



## 1.

# Aspects relevant du droit du travail relatifs aux détachements

1.1	<b>Introduction</b> .....	7
1.2	<b>Conception relative au droit du travail</b> .....	8
1.3	<b>Une adaptation du contrat est-elle réellement nécessaire?</b> .....	8
1.4	<b>Les différents modèles de contrats</b> .....	11
1.4.1	Généralités.....	11
1.4.2	Le détachement classique.....	11
1.4.2.1	Cadre contractuel.....	11
1.4.2.2	Contenu de l'accord de détachement .....	13
1.4.3	Le transfert à durée limitée.....	29
1.4.3.1	Situation contractuelle.....	29
1.4.3.2	Contenu des contrats.....	31
1.4.4	Autres modèles de contrats .....	34
1.4.5	Quel modèle de contrats est le plus adapté? .....	35
1.5	<b>La forme des contrats</b> .....	36
1.6	<b>Directives de détachement</b> .....	37
1.6.1	Généralités.....	37
1.6.2	Intégration dans le modèle de contrat.....	38
1.6.3	Modification unilatérale de la directive de détachement par l'entreprise .....	39
1.7	<b>La relation contractuelle entre l'entreprise d'origine et l'entreprise de détachement</b> .....	39
1.7.1	Généralités.....	39
1.7.2	Contenu de l'accord interentreprises .....	40
1.8	<b>Difficulté liée au droit suisse de location de personnel</b> .....	41
1.8.1	Interdiction de location de personnel depuis l'étranger .....	41

<b>1.9</b>	<b>Droit international privé</b> .....	43
1.9.1	Fondements .....	43
1.9.2	Normes d'application.....	45
1.9.2.1	Généralités.....	45
1.9.2.2	Normes suisses d'application.....	46



# 1. Aspects relevant du droit du travail relatifs aux détachements

## 1.1 Introduction

De par leur nature, les missions internationales d'employés impliquent toujours les systèmes juridiques d'au moins deux pays, en général celui du pays d'origine et celui du pays d'accueil. Afin de garantir la réussite juridique des détachements internationaux, les prescriptions du droit du travail de différents pays doivent donc être adaptées les unes aux autres. Cela constitue souvent le principal défi de la stipulation, dans le contrat de travail, des missions transfrontalières d'employés.

De nombreux systèmes juridiques, notamment le système suisse, n'ont pratiquement aucune norme régissant les aspects spécifiques des missions internationales d'employés. Il en résulte d'une part une incertitude juridique non négligeable et, d'autre part, une certaine liberté dans la conception du contrat de travail des détachements.

Or cette liberté est très importante par rapport à la pratique, car la transposition contractuelle n'a généralement qu'une fonction représentative pour la structuration de détachements et parce qu'elle sert surtout au règlement des questions fiscales, d'assurance sociale et d'autorisation de séjour.

«Par exemple, l'obtention d'un permis de travail est, dans certains pays, une condition indispensable pour un contrat de travail local dans l'entreprise d'accueil ou peut rendre nécessaire une limitation des activités de l'employé dans l'accord de détachement afin d'éviter à l'entreprise d'origine d'entretenir un établissement fiscal indésirable dans le pays d'accueil.»

L'élément contractuel se limite ainsi à donner une structure constructive à un détachement dans le cadre d'un contrat de travail qui règle les questions essentiellement fiscales et relatives à l'assurance sociale, sachant que ce contrat est conforme à ces questions et aux prescriptions (obligatoires) du pays d'origine et d'accueil et ne met pas l'employé dans une situation moins avantageuse que son emploi actuel dans le pays d'origine.

## 1.2 Conception relative au droit du travail

### L'ESSENTIEL EN RÉSUMÉ

Les missions internationales d'employés ne requièrent pas toujours une adaptation du contrat de travail existant. En particulier, les séjours de courte durée à l'étranger, par exemple un voyage d'affaires de quelques jours, doivent généralement être couverts par le contrat de travail existant avec l'employeur dans le pays d'origine. Au contraire, pour les séjours à l'étranger de longue durée, qui incluent généralement également la prise en charge de nouvelles missions dans le pays d'accueil, un ajustement du contrat de travail est généralement la règle.

Dans la pratique, deux modèles de contrat se sont imposés au cours des dernières années en vue de définir les détachements: le modèle du détachement classique et celui du transfert à durée limitée. Dans le détachement classique, le contrat de travail d'origine entre l'employé et l'employeur domestique est modifié par un accord de détachement conclu entre ces mêmes parties en vue et pour la durée du détachement. Au contraire, aucun contrat n'est conclu avec l'entreprise d'accueil étrangère. L'accord de détachement est généralement régi par le même système juridique que le contrat de travail actuel. Toutefois, il faut prendre en compte les normes d'application obligatoires du système juridique du pays d'accueil.

Dans le cas du transfert à durée limitée, les obligations principales du contrat de travail d'origine entre l'employé et l'employeur domestique est suspendu à l'aide d'un accord de suspension conclu entre ces mêmes parties en vue et pour la durée du détachement. En outre, l'employé et l'entreprise d'accueil étrangère concluent un contrat de travail. A la différence du détachement classique, il existe donc deux relations de travail formellement indépendantes l'une de l'autre, avec deux employeurs différents. Tandis que l'accord de suspension est soumis au même système juridique que le contrat de travail qu'il modifie, le contrat de travail local avec l'entreprise d'accueil est généralement régi par le droit applicable dans le pays d'accueil.

## 1.3 Une adaptation du contrat est-elle réellement nécessaire?

La question de savoir si une mission de travail transfrontalière requiert une adaptation du contrat de travail existant dépend largement des circonstances du cas individuel.

Souvent, les missions à l'étranger de courte durée peuvent se faire sans autre formalité, sur la base du contrat de travail non modifié avec l'entreprise d'origine.

Dans la pratique, de plus en plus d'entreprises demandent à leurs employés de confirmer dans le contrat de travail leur aptitude à effectuer des voyages d'affaires ou des séjours à l'étranger («clause de mobilité»).

Dans de tels cas, l'employeur peut ordonner sans autre formalité un transfert temporaire du lieu de travail à l'étranger dans le cadre de son droit d'injonction, dans la mesure où un tel transfert est nécessaire pour l'exécution des obligations contractuelles de l'employé et qu'il peut être raisonnablement exigé de l'employé.

**CONSEIL PRATIQUE**

Afin d'augmenter la flexibilité dans le contexte international, ajoutez une clause de mobilité dans vos contrats de travail standard. Cette clause peut par exemple avoir le libellé suivant: «Le lieu de travail primaire de l'employé est le siège de l'employeur. Le poste de l'employé requiert toutefois des voyages réguliers, aussi bien dans le pays même qu'à l'étranger. L'employé accepte explicitement de faire les voyages liés à l'exécution de ses missions et pouvant être raisonnablement exigés de lui en toute bonne foi, y compris les séjours de plusieurs jours à l'étranger, et de se soumettre dans ce cadre aux prescriptions légales obligatoires en vigueur sur place (par ex. interdiction du travail lors des jours fériés officiels).»

Indépendamment de l'existence d'une clause de mobilité écrite, cela est également valable si l'employé devait prévoir des voyages du type ordonné de bonne foi par l'employeur en raison des missions ou du poste qu'il prend en charge. Par exemple en cas de séjours de courte durée à l'étranger, tels que des voyages d'affaires, des missions de montage et sur chantier ou des séjours en vue de l'exécution de travaux de garantie et de maintenance.

Une adaptation ou un complément du contrat de travail existant n'est donc généralement pas nécessaire dans de tels cas, dans la mesure où des prescriptions (obligatoires) du droit étranger concernant l'essence du contrat de travail ne rendent pas nécessaire une telle adaptation (par ex. les prescriptions suisses relatives au salaire minimum ou les dispositions contractuelles générales des conventions collectives ou encore les normes obligatoires de la directive européenne du 16.12.1996 relative aux détachements).

**REMARQUE PRATIQUE**

Lorsqu'une adaptation du contrat n'est pas nécessaire, il reste recommandé de stipuler par écrit les conditions spéciales concernant le séjour à l'étranger (par exemple concernant l'hébergement, les défraiements, le trajet de travail plus long, etc.) sur une fiche de montage ou dans une confirmation de mission.

Le transfert, pendant une plus longue durée, du lieu de travail à l'étranger ou à un autre endroit que le lieu de travail domestique habituel défini dans le contrat de travail signifie quant à lui revient à remettre en cause le contrat de travail et rend nécessaire une adaptation du contrat de travail existant.

En pratique, il arrive parfois qu'un employé soit embauché en vue d'un détachement direct dans le pays d'accueil. Cela peut avoir les motifs suivants:

- Il n'existe pas, dans le pays d'accueil, d'entreprise à laquelle le nouvel employé peut être délégué. Par exemple, pour des activités de marketing, d'achat ou de vente dans un autre pays dans lequel l'employeur n'a pas (encore) de présence.
- Il s'agit uniquement d'un détachement à temps partiel.

#### EXEMPLE DE LA PRATIQUE

X est employé par l'entreprise Y SA dont le siège est à Schaffhouse, mais il travaille (du moins au début) uniquement trois jours par semaine à Schaffhouse et les deux autres jours de la semaine au siège de la filiale allemande à Stuttgart.



- Un emploi dans le pays d'origine et un détachement direct dans le pays d'accueil procurent, par rapport à un emploi direct dans le pays d'accueil, des avantages en termes de droit fiscal, d'assurance sociale ou d'autorisation de séjour. Mais ces cas de figure sont généralement limités par le législateur afin de prévenir les contournements.

#### EXEMPLE DE LA PRATIQUE

L'entreprise Y SA dont le siège est à Zurich prévoit d'employer X, de nationalité indienne, pour une durée de trois ans. Afin de contourner la priorité des travailleurs indigènes en vigueur en Suisse pour l'embauche locale d'un ressortissant d'un pays tiers, l'entreprise Y SA fera embaucher de préférence X par sa filiale indienne et le délèguera directement en Suisse. Le projet échoue du fait que X n'obtient pas de permis de travail en Suisse car, conformément à la pratique du canton de Zurich, un ressortissant d'un pays tiers ne peut être généralement délégué en Suisse que s'il a été occupé depuis au moins 12 mois dans l'entreprise d'origine au moment du détachement.



- Une entreprise active à l'international avec un grand nombre de détachements annuels dans plusieurs pays différents concentre sa gestion du personnel (RH) dans un pays et fonde à cette fin une société auprès de laquelle sont embauchés tous les employés envoyés en mission dans le monde entier (par exemple, d'un certain niveau de fonction). Dans les faits, ils sont délégués directement sur leur lieu de destination et de travail réel à l'étranger, conformément à des processus standard internes, éventuellement sans avoir été présents une seule journée dans le pays du siège de l'employeur (également appelée Global Employment Company ou entreprise mondiale d'emploi).

Dans la mesure où l'on parle ensuite de détachements, ceux-ci concernent uniquement des situations qui remplissent cumulativement les critères suivants:

- Une mission transfrontalière d'un employé a lieu dans l'intérêt et pour le compte ainsi qu'aux frais d'une entreprise d'origine domestique (ci-après «entreprise d'origine») ou de tout le groupe d'entreprise.

- L'employeur ainsi que l'employé en question entretiennent déjà depuis un certain temps une relation de travail et prévoient, au moment du début du détachement, que celui-ci soit à durée limitée et que l'employé retourne à l'entreprise d'origine après la fin du détachement afin d'y retourner travailler (directement) – dans la fonction précédente ou dans une autre fonction (intention de reprise de l'emploi et de retour). Cette mission de l'employé est à durée limitée.
- La mission à l'étranger rend nécessaire une adaptation/un complément du contrat de travail existant entre l'employé et l'entreprise d'origine.

Comme indiqué ci-dessus, il s'agira en général de missions à l'étranger d'une certaine durée (en règle générale, de plus d'une semaine).

## 1.4 Les différents modèles de contrats

### 1.4.1 Généralités

Si une mission d'employé transfrontalière rend nécessaire l'adaptation de la relation contractuelle existante entre l'employé et l'employeur, cette relation peut être structurée de manière très différente entre les parties. Avec l'augmentation massive de l'importance et du nombre de missions transfrontalières au cours des dernières années, les deux modèles de contrat suivants se sont généralement imposés en vue de et pour la pratique: le détachement classique et le transfert à durée limitée.

### 1.4.2 Le détachement classique

#### 1.4.2.1 Cadre contractuel

Dans le détachement classique, le contrat de travail déjà existant entre l'employé à détacher et l'entreprise d'origine reste généralement actif, mais il est adapté aux conditions particulières de la mission dans le pays d'accueil en vue et pour la durée du détachement au moyen d'un accord de détachement entre les mêmes parties (en pratique, on utilise souvent également les termes de «contrat de détachement» et en anglais «Assignment Agreement» ou, en cas de rédaction sous forme de courrier, le terme de «Letter of Assignment»).

Le contrat de travail préexistant et l'accord de détachement constituent, ensemble, une unité contractuelle.

Aucune relation de travail formelle entre l'employé et l'entreprise d'accueil à l'étranger n'est ainsi créée et l'entreprise d'origine reste le seul employeur formel. Dans le cadre du détachement classique, les termes «entreprise d'origine» et «employeur» sont ainsi des synonymes (ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'un transfert à durée limitée où il existe deux employeurs formels).

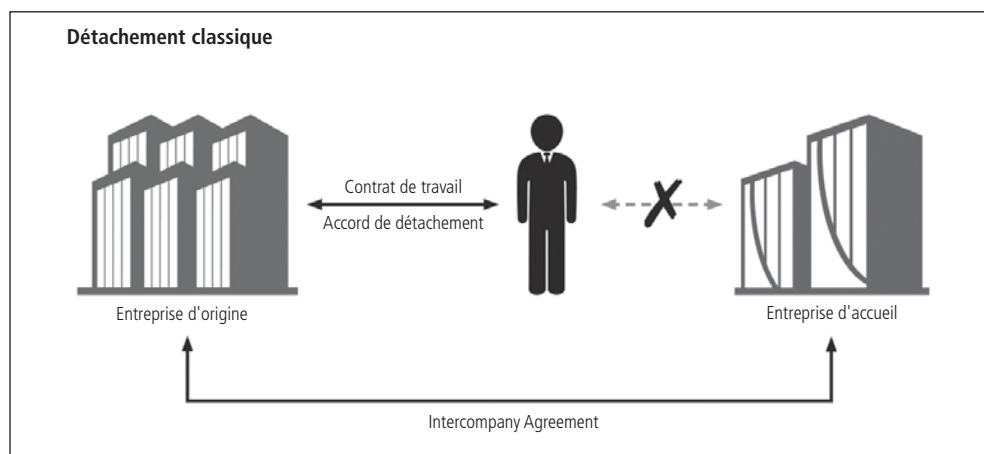
Toutes les missions à prendre en charge par l'entreprise d'accueil pendant la durée de détachement (par ex. la mise à disposition du poste de travail dans le pays d'accueil) doivent donc être réglées entre l'entreprise d'origine et l'entreprise d'accueil dans un contrat séparé (cf. Intercompany Agreement – accord interentreprises).

### REMARQUE PRATIQUE



Dans le cadre du détachement classique, il n'est pas nécessaire de disposer d'une relation contractuelle entre l'employé et l'entreprise d'accueil. Cette dernière n'a donc pas besoin de co-signer l'accord de détachement. Si elle devait quand même le faire, elle pourrait éventuellement avoir à assumer un statut non désiré d'employeur. Ce qui peut par exemple avoir pour conséquence, dans le cas d'un licenciement de l'employeur pendant le détachement, que l'entreprise d'accueil doive également licencier l'employé, et non pas seulement l'entreprise d'origine. L'inconvénient serait patent si l'entreprise d'accueil doit respecter des prescriptions de licenciement obligatoires conformément au droit du pays d'accueil qui divergent de celles du droit autrement applicable du pays d'origine (par exemple, des délais de licenciement plus longs). Indépendamment d'une éventuelle co-signature de l'accord de détachement par l'entreprise d'accueil, le risque préalablement mentionné existe de manière générale, notamment si, conformément au droit du pays d'accueil, un comportement tacite – par exemple la simple exécution concrète du détachement – suffit à justifier qu'il n'existe pas de relation de travail. Il est donc recommandé de convenir d'un accord entre l'employé et l'entreprise d'accueil qui stipule explicitement qu'il n'existe pas de contrat de travail entre les deux parties.

D'un point de vue juridique, l'accord de détachement est donc une adaptation temporaire du contrat de travail avec l'entreprise d'origine. S'il devient caduc, par exemple du fait de l'écoulement du délai ou d'un rappel anticipé, le contrat de travail reprend sa validité d'origine. En cas de détachements de longue durée, des adaptations du contrat de travail d'origine sont souvent nécessaires pour qu'il reprenne sa forme originelle. C'est le cas par exemple si des changements organisationnels ont eu lieu pendant le détachement dans l'entreprise d'origine et rendent impossible le retour de l'employé dans le même département.



### 1.4.2.2 Contenu de l'accord de détachement

#### *Généralités*

Si cela n'est pas déjà couvert contractuellement, et pour chaque cas d'espèce, par une directive de détachement (cf. à ce propos le point 1.6), un accord de détachement règle généralement les thèmes ci-dessous dans l'ordre suivant:

- Désignation du contrat, intitulé et préambule
- Durée du contrat, fixation du délai et conditions
- Autorisation d'entrée sur le territoire, de séjour et de travail
- Lieu de travail dans le pays d'accueil
- Tâches, fonction et intitulé de la mission
- Droit d'injonction et supérieurs
- Salaire fixe
- Éléments variables de salaire et évaluation de la performance
- Réglementation des défraiements (hors frais de relocalisation dont le remboursement est systématiquement réglé sous le titre «Prestations supplémentaires en lien avec le détachement»)
- Aspects relatifs à l'assurance sociale (y compris caisse de retraite d'entreprise et règles relatives à l'assurance maladie et accident)
- Temps de travail
- Congés et jours fériés officiels
- Obligations de comportement dans le pays d'accueil
- Prestations supplémentaires en lien avec le détachement
- Clause de retour
- Fin/droit de rappel anticipé ou de retour
- Résiliation du contrat de travail
- Intégration de directives de détachement ou d'autres règlements internes de l'entreprise
- Protection des données
- Choix du droit et du tribunal compétent
- Divers/dispositions finales

#### **Objets de règlement individuels en particulier**

##### *Désignation du contrat, intitulé et préambule*

Pour la désignation du contrat, il est généralement recommandé d'utiliser «Accord de détachement» ou «Contrat de détachement». En anglais, on parle généralement d'un «Assignment Agreement».

## REMARQUE PRATIQUE



La désignation anglaise de «Letter of Assignment» est surtout adaptée si l'accord de détachement – comme cela est souvent le cas dans l'espace anglo-saxon – est rédigé sous la forme d'une lettre avec laquelle l'entreprise d'origine confirme à l'employé les conditions de détachement convenues et que l'employé retourne signé à l'entreprise d'origine.

Le préambule indique les parties en stipulant le nom complet ou la désignation complète de l'entreprise (y compris la forme juridique) et la définition de sa désignation dans la suite de l'accord. Par exemple:

La société X SA, dont le siège social est sis à 13 rue X, 4200 X, Suisse, (ci-après appelée «employeur») et Jean Y, domicilié à rue Y (ci-après appelé le «détaché»).

## CONSEIL PRATIQUE



Pour la désignation de l'entreprise d'origine, évitez l'utilisation de termes non techniques qui ne correspondent pas à la société déclarée, comme par exemple des abréviations, noms de groupe, de division ou simplement de marque.

Si l'accord de détachement renvoie à une directive (ou à des parties d'une directive) de détachement, les désignations choisies doivent être harmonisées avec celles utilisées dans la directive correspondante de détachement.

Un préambule est recommandé par rapport au contexte, à la base contractuelle et à l'objectif du détachement. Un tel préambule permet de conférer à la volonté réelle des parties une expression claire sans jargon technique et d'éviter ainsi des problèmes d'interprétation quant à la partie technique du contrat.

Le préambule doit ne pas s'étendre sur les conditions d'énumération seulement et ne pas affecter les conditions matérielles du contrat.

*Durée du contrat, fixation d'un délai et conditions*

Les accords de détachement sont généralement à durée limitée, notamment parce que les dispositions relatives à l'assurance sociale imposent une durée maximale obligatoire.



## CONSEIL PRATIQUE



Pour éviter les malentendus dans l'accord de détachement, prévoyez une date finale précise (par exemple le 31 décembre 2016) et non pas seulement une durée (par exemple, deux ans). Alternativement, le détachement peut également être limité en fonction d'un certain événement. Dans ce cas, il est recommandé de convenir, par mesure de sécurité, d'une durée maximale, par ex.: «Le détachement se termine avec la fin de la phase de projet 3, mais au plus tard le 31 décembre 2016.»

D'un point de vue technique, la fixation d'un délai pour l'accord de détachement ne définit pas une durée déterminée pour le contrat de travail d'origine lui-même, mais uniquement pour la validité des modifications prévues dans l'accord de détachement. Cela signifie qu'après écoulement de la durée de détachement fixe, seul l'accord de détachement – et non le contrat de travail d'origine – devient caduc. Ce dernier est alors rétabli.

## REMARQUE PRATIQUE



Attention: dans certaines circonstances et selon le droit applicable, des limites sont fixées par rapport au délai de l'accord de détachement. De ce point de vue, le droit suisse est cependant conciliant – contrairement à la fixation d'un délai dans le contrat de travail qui requiert, en droit suisse, une justification concrète.

Dans la pratique, on inclut souvent des clauses qui prévoient une certaine durée de détachement fixe ainsi qu'une ou plusieurs options de prolongation ou une obligation de négociation concernant une éventuelle prolongation du détachement sur une durée contractuelle fixe supplémentaire. Il ne peut pas s'agir de contrats à la chaîne, qui sont interdits, car on ne prolonge pas le contrat de travail lui-même, mais seulement l'accord de détachement de même que la modification temporaire. De même, des options unilatérales de prolongation au profit de l'employeur peuvent éventuellement être admissibles.

En outre, les accords de détachement comprennent également des conditions. Celles-ci permettent de faire dépendre l'entrée en vigueur (condition suspensive) de l'accord de détachement ou de sa poursuite (condition résolutoire) de l'apparition d'un certain événement objectivement incertain. Comme cela est déjà le cas pour la définition d'un délai, il ne s'agit pas d'une condition qui s'applique au contrat de travail lui-même, mais uniquement à l'accord de détachement temporaire.

Dans chaque cas individuel, les éventuelles conditions concernent les besoins concrets des parties impliquées. On trouve au premier plan des conditions relatives à l'entreprise (par exemple, l'obtention d'un financement supplémentaire pour un projet en cours d'appel d'offres ou l'existence d'un examen d'aptitude par l'employé), des conditions personnelles (par exemple, l'admission des enfants dans une certaine école du pays d'accueil) ou des conditions juridiques (par exemple, l'obtention d'un permis de travail).

Il s'agit généralement d'accords de détachement dont la validité juridique dépend de l'obtention des autorisations nécessaires d'entrée sur le territoire, de séjour et de travail.

### CONSEIL PRATIQUE



Si les autorisations de séjour et de travail sont disponibles, il s'agit d'une condition de durée qui peut être menacée, par exemple, par un refus des autorités de prolonger les autorisations. Ainsi, rédigez l'accord de détachement de manière à ce qu'il ne comporte pas uniquement de condition suspensive d'obtention des autorisations nécessaire d'entrée sur le territoire, de séjour et de travail, mais également une condition résolutoire par son maintien pendant toute la durée du détachement.

#### *Autorisations d'entrée sur le territoire, de séjour et de travail*

Comme cela a déjà été abordé, l'obtention des titres de séjour nécessaires peut être une condition à la fois suspensive et résolutoire de l'accord de détachement.

Un besoin de réglementation supplémentaire surgit par rapport à cette question. L'accord de détachement doit notamment clarifier des questions telles que: à qui incombe la responsabilité souvent difficile de l'obtention et éventuellement du prolongement à temps des autorisations nécessaires? Ou encore, qui est responsable de quelles étapes de ces processus? L'employé ou l'employeur? Faut-il pour cela demander l'aide de prestataires spécialisés? Qui assume alors les frais encourus et qui les taxes prélevées par les autorités?

Quelles que soient les réponses dans chaque cas individuel, il est important qu'elles soient à l'unisson avec le droit applicable et qu'elles ressortent clairement et explicitement de l'accord de détachement.

### CONSEIL PRATIQUE



Dans ce contexte, prenez en compte que

- dans de nombreux pays, des obligations de coopération s'imposent aux employés (en Suisse par exemple, la signature de la confirmation de détachement, l'inscription auprès de l'office local de la population ou la comparution en vue d'un enregistrement des données biométriques); et
- dans certains cas, il faut contrôler précisément si et dans quelle mesure des frais peuvent être imposés à l'employé dans ce contexte d'un point de vue juridique.

Les mêmes questions se posent alors concernant les éventuels membres de la famille qui accompagnent l'employé dans le pays d'accueil. La réponse à ces questions doit également être donnée selon les principes précédents et elle fait logiquement partie des questions réglées dans les prestations supplémentaires dans le cadre du détachement.

### *Tâches, fonction et intitulé de la mission*

La fonction de l'employé pendant la durée du détachement et ainsi ses tâches dans le pays d'accueil doivent être clairement décrites dans l'accord de détachement, mais de manière suffisamment flexible.

Il peut être parfois judicieux d'ajouter à l'accord de détachement une description détaillée des activités. Celle-ci doit naturellement être établie en collaboration étroite avec l'entreprise d'accueil.

Par ailleurs, le niveau de fonction et l'intitulé de la mission de l'employé doivent être définis dans l'accord de détachement.

### *Droit d'injonction et supérieurs*

La personne autorisée à instruire l'employé pendant la durée du détachement ainsi que les supérieurs de l'employé doivent être indiqués dans le contenu de l'accord de détachement. Selon le droit suisse, le droit d'injonction peut être réparti entre l'entreprise d'origine en tant qu'employeur formel et l'entreprise d'accueil. La procédure est similaire aux règles relatives au personnel temporaire qui prévoient une division du droit d'injonction entre l'employeur officiel (fournisseur de personnel) et l'entreprise de mission.

L'entreprise d'accueil donnera sur place des instructions concernant l'exécution concrète du travail (droit d'injonction technique) sans pour autant devenir ainsi un (co-) employeur au sens juridique. Le droit d'injonction disciplinaire reste au contraire la responsabilité de l'entreprise d'origine.

### *Salaires fixe*

Ce titre ne concerne pas seulement le montant du salaire et la devise, mais aussi les modalités concrètes de paiement pendant le détachement.

En particulier, les questions suivantes doivent être clarifiées:

## QUESTIONS – RÉPONSES



***Sur quel compte le salaire doit être versé par quelle entreprise? Sur le compte salaire dans le pays d'origine? Ou plutôt sur un compte dans le pays d'accueil? Par l'entreprise d'origine ou d'accueil?***

De manière générale, le lieu d'exécution de l'obligation de paiement du salaire est le lieu de résidence de l'employé. Dans la plupart des systèmes juridiques – c'est également le cas du droit suisse – les parties peuvent cependant convenir d'un lieu d'exécution divergent.

On peut également envisager qu'une partie du salaire soit virée sur un compte dans le pays d'origine et une partie sur un compte dans le pays d'accueil (système appelé Split Payroll qui complique toutefois fortement les aspects du détachement relatifs à la sécurité sociale et aux impôts).

Dans tous les cas, l'employeur – et ainsi l'entreprise d'origine – reste toujours le débiteur contractuel du paiement du salaire, même si le paiement du salaire ou un paiement partiel est effectué par l'entreprise d'accueil. Dans la mesure où le salaire est payé par l'entreprise d'accueil, il faut veiller à ce que cela soit fait de manière reconnaissable au nom de l'entreprise d'origine, afin que l'entreprise d'accueil ne risque pas de devenir un employeur formel du fait d'un comportement tacite.

Dans chaque cas particulier, il faut peser soigneusement les avantages et les inconvénients: il peut se produire que la création d'un compte salaire soit impossible ou compliquée pour l'employé dans le pays d'accueil (par exemple, uniquement en cas de présentation en personne au guichet de la banque ou contre le paiement de frais élevés de retrait) ou que le niveau des intérêts pour des comptes dans le pays d'accueil soit largement plus élevé que ceux du pays d'origine ou que le droit obligatoire dans le pays d'accueil requiert un compte salaire auprès d'une banque locale.

***Dans quelle devise le salaire peut-il être convenu? Qui endosse le risque d'une fluctuation éventuelle des cours de change?***

Les parties sont généralement libres de convenir du salaire dans la devise du pays d'origine ou d'accueil (cela est également le cas dans le droit suisse; cf. art. 323b al. 1 CO). La stipulation de la devise du pays d'accueil peut toutefois entraîner les difficultés suivantes en cas de fluctuations du cours de change: (i) problèmes pour le décompte des prestations de sécurité sociale car celles-ci doivent obligatoirement être versées dans la devise du pays et (ii) un éventuel préjudice délicat en termes de droit du travail pour l'employé (baisse effective de salaire).

## REMARQUE PRATIQUE



Dans la pratique, des mécanismes d'ajustement du salaire aux fluctuations du cours de change sont donc généralement convenus dans l'accord de détachement. Par exemple, un ajustement à partir d'une fluctuation de cours de +/- 2% par rapport au cours au moment de la signature de l'accord de détachement. Mais la validité juridique des clauses correspondantes doit être soigneusement contrôlée.

Les mêmes considérations sont à la base des clauses sur le salaire net. La stipulation d'un salaire net (salaire brut moins les cotisations sociales, y compris les impôts) donne à l'employé un montant de salaire réel qui est effectivement versé après les différents prélèvements, même s'il a parfois du mal à le comprendre.

Signalons enfin que, dans la pratique, cette section (ou une section séparée propre) de l'accord de détachement touche des accords de compensation fiscale visant à protéger l'employé contre une charge fiscale supplémentaire dans le pays d'accueil (en général, sous la forme d'une «Tax Equalization» ou «Tax Protection»).

#### *Éléments de salaire variables et évaluation de la performance*

Dans la mesure où le contrat de travail avec l'entreprise d'origine prévoit des éléments de salaire variables pour l'employé, il convient de contrôler si les accords qui en forment la base – par exemple, un accord concernant un objectif annuel et les processus d'évaluation correspondants – doivent être adaptés dans l'accord de détachement ou non. Tout dépendra du type de détachement.

Dans la plupart des cas, le responsable des RH dans l'entreprise ne peut que difficilement suivre la performance de l'employé dans le pays d'accueil et doit donc déléguer, pendant la durée du détachement, un responsable (supplémentaire) dans le pays d'accueil chargé de cette tâche. La collaboration entre les deux doit également être définie.

En outre, un lien entre les éléments variables de salaire et le résultat de l'entreprise et/ou du département dans l'entreprise d'origine n'est pas judicieux si ces deux composantes ne peuvent quasiment pas être influencés par l'employé pendant la durée du détachement.

#### *Aspects relatifs à l'assurance sociale (y compris caisse de retraite d'entreprise et règles relatives à l'assurance maladie et accident)*

Pour l'essentiel, les aspects relatifs à l'assurance sociale d'un détachement sont régis par une législation obligatoire et échappent généralement à la liberté de négociation des parties.

Les entreprises impliquées et l'employé ne peuvent donc les influencer que par le choix des modalités réelles du détachement. (quelle part du temps de travail l'employé passe dans quel pays? Dans quel pays habite-t-il pendant le détachement? Etc.). En général, l'objectif est de pouvoir maintenir l'employé dans le système de sécurité sociale du pays d'origine.

Concernant la rédaction des clauses d'un accord de détachement qui concernent les aspects relatifs à l'assurance sociale, l'objectif est donc de rendre essentiellement clairement et explicitement la compréhension commune des conséquences légales (fonction simplement représentative et explicative).

Il existe, pour les parties, des possibilités de réglementation autonomes, par exemple au niveau des assurances complémentaires (assurance maladie dans le pays d'accueil, assurance accident mondiale, etc.). Dans de tels cas, l'accord doit inclure une réglementation claire concernant le paiement des primes (l'employé paye-t-il les primes? Ou est-ce l'employeur? Ou sont-elles payées par les deux parties proportionnellement?). En particulier lorsque les coûts sont à la charge de l'employé, il faut contrôler soigneusement si le règlement est valable dans chaque cas sur le plan légal.

### *Temps de travail*

Dans la plupart des pays, les prescriptions nationales relatives au temps de travail doivent être obligatoirement respectées sur le territoire respectif (principe de territorialité). Il s'agit généralement de prescriptions concernant la position, l'étendue et l'enregistrement du temps de travail (temps de travail maximal, jours de repos, interdiction de travailler les jours fériés officiels, obligations d'enregistrement du temps de travail, etc.).

En cas de détachements en Suisse, il faut notamment veiller à respecter les prescriptions de la loi sur le travail et de ses ordonnances d'application (LTr; OLT 1 et OLT 2) ainsi que les éventuelles prescriptions (générales) obligatoires des conventions collectives.

En particulier, si les prescriptions correspondantes sont plus restrictives dans le pays d'accueil que celles du pays d'origine, l'employé doit obligatoirement les respecter – et ce indépendamment du fait que l'accord de détachement reste régi par le droit du pays d'origine. En cas de non-respect de ces prescriptions, l'entreprise d'origine et/ou d'accueil et éventuellement l'employé risquent des sanctions importantes de la part des autorités, voire de subir des conséquences pénales.

Ainsi, l'employé et l'entreprise d'origine ne peuvent conclure un accord concernant le temps de travail que dans un cadre obligatoire défini.

#### REMARQUE PRATIQUE

Généralement, l'accord de détachement stipule donc le « temps de travail habituel dans l'entreprise d'accueil ». Si ce règlement signifie cependant un travail supplémentaire de la part de l'employé, cette situation doit être soigneusement examinée du point de vue juridique et prise en compte (au moins) dans le calcul du salaire.



De même, la validité de clauses relatives à la compensation des heures supplémentaires et/ou des heures de travail supplémentaires par le salaire ou le temps libre doit être soigneusement examinée au cas par cas. Du point de vue suisse, une indemnisation forfaitaire du temps de travail supplémentaire ne serait par exemple pas valable (au plus tard) de la 61<sup>e</sup> heure supplémentaire annuelle pour un employé qui n'est pas considéré comme cadre exerçant une fonction dirigeante (cf. art. 13 LTr).