



Avocats
Conseils
d'Entreprises

SECTION INTERNATIONALE

Fiche n° 2 - COVID 19 et Mobilité internationale

Les entreprises et leur RH ont mis l'accent depuis de nombreuses années sur l'importance de la mobilité internationale de leurs salariés, qu'ils soient mis à disposition de filiales étrangères ou chargés d'effectuer des prestations de services hors de France. C'est évidemment le cas des entités dépendant de grands groupes ayant des implantations réparties à travers le monde ; c'est aussi le cas, et dans une très large proportion, de structures de taille plus réduite mais dont les activités ne se limitent pas au territoire métropolitain ou à leur marché national et qui ont le plus grand intérêt à faire connaître leurs services ou leurs produits à l'étranger.

Quelles que soient la typologie ou la finalité de ces modes de mobilité internationale, elles reposent toutes sur l'existence d'une condition qui leur est inhérente : **la faculté de circuler**.

Or la crise sanitaire qui a atteint pratiquement tous les pays du monde a engendré une nouvelle donne totalement inattendue puisqu'elle a amené les états à se calfeutrer derrière leurs frontières et à les fermer aux personnes en empêchant durablement aussi bien leurs ressortissants de sortir que ceux d'autres pays à se rendre sur leur territoire.

Pour bloquer la circulation du virus on a interdit les déplacements qui sont l'essence même des échanges internationaux. L'actualité qui a accompagné les débuts de la période de confinement a mis en évidence la situation soudaine des salariés travaillant à l'étranger, qu'ils viennent de France et aient été confrontés aux difficultés liées à leur rapatriement ou soient employés en France par des employeurs étrangers.

Aussi, la présente fiche se propose d'évoquer :

- (1) **le contenu de l'obligation de sécurité** qui pèse sur l'employeur français dans un tel contexte,
- (2) **les solutions** qui se sont dégagées ou qui ont été mises en place à l'égard des travailleurs "*pris au piège*".

Delphine GALLIN, Présidente Nationale,
Catherine BOINEAU, Présidente de la Section Internationale
Philippe BEDARD, Vice-Président de la Section Internationale
Guy MARTINET, Membre de la Section Internationale, CoPrésident de la Commission Droit Social



1. L'obligation de sécurité de l'employeur français à l'épreuve internationale du covid-19

1.1. L'environnement juridique

Tout employeur de droit privé est tenu de respecter les règles de santé et de sécurité prescrites par le code du travail français vis-à-vis de ses salariés, cette obligation s'appliquant aussi bien vis-à-vis de ceux qui travaillent en France que de ceux qui se déplacent à l'étranger pour toutes sortes de missions et de durée : l'éloignement de ces derniers n'ayant pas pour effet de réduire les devoirs de l'employeur à cet égard mais de leur donner un contenu plus spécifique.

L'objet de la présente fiche n'est donc pas de rappeler en détail l'ensemble de cette législation, dont le non-respect engage le plus souvent la responsabilité civile voire pénale de l'employeur, mais de souligner certains risques particuliers encourus par les employeurs du fait de leurs salariés séjournant ou devant se déplacer à l'étranger en cette période de pandémie.

A titre liminaire, uniquement, rappelons que l'obligation de sécurité de l'employeur vis-à-vis des salariés qu'il emploie a évolué en termes de nature et de fondement. D'obligation de résultat, on peut dire, même si cela n'est pas partagé par tous en ces termes, qu'elle est devenue **une obligation de moyens renforcée** depuis le fameux arrêt Air France de 2015 (*Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-24.444*), la Cour de cassation tendant désormais à **privilégier la prévention des risques à l'indemnisation des conséquences de ceux-ci lorsqu'ils n'ont pu être évités**. Ainsi, pèse sur tout employeur une obligation de sécurité, dont il doit assurer l'effectivité. Pour cela il doit prendre toutes les mesures visant à assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, dont les actions de prévention des risques professionnels, les actions d'information et de formation adaptées (article L.4121-1 du code du travail).

En cas de risque avéré ou réalisé (accident, par exemple), l'employeur engage sa responsabilité, sauf s'il démontre avoir pris les mesures générales de prévention nécessaires et suffisantes pour l'éviter, ce qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement.

A noter, que la Cour de cassation a récemment jugé (*Cass. Soc 11 septembre 2019*) que tout salarié exposé à une substance nocive ou toxique peut agir contre son employeur sur le fondement des règles régissant l'obligation de sécurité et être indemnisée au titre de son **préjudice d'anxiété** face au risque de développer une pathologie grave, à condition d'apporter la preuve de ce préjudice (*Cass. Ass. Plénière 5 avril 2019*).

1.2. Application dans le domaine de la mobilité internationale

Avant toute chose, il convient de rappeler qu'en application de la *directive 96/71 CE du 16 décembre 1996*, modifiée par les *directives 2014/67 CE du 15 mai 2014* et *2018/957 CE du 28 juin 2018*, **les salariés détachés dans le cadre d'une prestation de services au sein de l'Union européenne** bénéficient (sauf exceptions pour certains détachements de très courte durée) de la réglementation leur assurant **la protection la plus favorable** dans les différents domaines listés par ces textes, en particulier celui de la sécurité, de la santé et de l'hygiène : ce peut donc être la réglementation **du pays d'accueil** mais à défaut, ce sera celle **de l'Etat où est établi l'entreprise prestataire, soit la France** en l'occurrence.



(a) Cas des salariés accomplissant leur travail de manière temporaire à l'étranger

Selon les dispositions contractuellement convenues, les salariés qui sont détachés par leur employeur hors de France pour une certaine durée (plusieurs semaines ou mois voire un ou deux ans, parfois davantage) demeurent liés à leur entreprise d'origine.

Ainsi le contrat de travail peut :

- soit être **maintenu** (si l'employeur français conserve le salarié dans sa dépendance exclusive – tel est le cas de l'exécution de prestations de services ou de mise à disposition –),
- soit être **cumulé** avec un contrat local (en ce cas, employeur d'origine et employeur d'accueil partagent conjointement ou simultanément le pouvoir de direction et de contrôle du salarié),
- soit même **suspendu** (c'est généralement la solution pratiquée en cas de mise d'un salarié par une société-mère à disposition d'une filiale étrangère à laquelle il est lié par un contrat de travail).

Il arrive aussi qu'un lien contractuel subsiste de manière ténue, par exemple si le salarié est en mesure de démontrer (sous réserve de l'appréciation des juges en cas de contentieux) que l'évolution de sa carrière reste commandée, à un degré plus ou moins direct, par l'entreprise française qui l'aura recruté (et le cas échéant employé pendant quelque temps, par exemple aux fins de formation).

On sait que dans la dernière des configurations évoquées ci-dessus, d'une mise à disposition d'un salarié d'une société-mère auprès d'une filiale étrangère, l'article L.1231-5 du code du travail impose à la société-mère française d'assurer le **rapatriement** du salarié en cas de rupture des relations avec la filiale. Or cette obligation s'impose même si le salarié n'a pas exercé de fonctions effectives avant son détachement au service de l'employeur qui l'a détaché (*Cass. soc. 7 décembre 2011, n° 09-67.367*) et même si le contrat de travail qui unissait le salarié à la maison-mère n'a pas été maintenu (*Cass. soc. 13 novembre 2008, n° 07-41.700*).

Dans toutes ces situations, l'employeur français s'exposerait au risque de voir sa responsabilité engagée dans l'hypothèse :

- où il ne s'assurerait pas **que toutes les mesures sont adoptées localement** pour préserver la santé des salariés au même titre que s'ils étaient employés en France,
- où, le cas échéant, il ne pourvoirait pas à leur **rapatriement** (y inclus celui de leur famille), comme cela a été constaté au début de la période de confinement, de manière à pouvoir conserver la maîtrise des conditions de préservation de leur santé (notamment si l'analyse de la situation sanitaire des pays d'accueil et des moyens qui y sont mis en œuvre le justifie).

(b) Cas des salariés effectuant des déplacements de courte durée

S'il est vrai que la fermeture des frontières aura eu pour effet, sauf circonstance tout à fait exceptionnelle, d'interdire tous déplacements internationaux, la question du respect de la santé des salariés ne va pas manquer de se poser dès que les frontières se rouvriront et que des missions de courte durée pourront de nouveau être envisagées : par exemple dans le cadre de séjours dans les entreprises du groupe auquel appartient l'entreprise-employeur ou d'opérations d'assistance technique (montage, démontage, réparation de machines ; formation à dispenser ou à recevoir etc.).



Dans le contexte des décisions prises par les différents Etats de la planète en cette période de pandémie, la mise en œuvre du droit de la prévention des risques professionnels doit amener les employeurs (et leurs délégataires éventuels) à être particulièrement vigilants et inventifs en cas de projets de déplacements de leurs salariés à l'étranger.

► Il est à leur conseiller en particulier de :

- Veiller préalablement à leur déplacement que l'état de santé des salariés en question soit compatible avec un séjour à l'étranger, fût-il de courte durée. Pour cela, l'employeur sera bien avisé de demander l'avis du médecin du travail.
- Etudier préalablement la situation sanitaire des pays d'accueil.
- Evaluer les risques liés autant au voyage lui-même qu'au séjour et aux conditions de travail sur place afin de préconiser et d'assurer le respect des gestes à appliquer pendant l'utilisation des moyens de transport que lors des contacts professionnels.
- Veiller à informer les salariés de manière la plus précise et la plus complète possible sur leurs conditions de voyage, de transport, de logement et de nourriture dans le pays d'accueil.
- Actualiser ces informations de façon très régulière, au besoin quotidiennement.
- Choisir pour eux les moyens de transport, tant international que local, et de séjour sur place offrant les meilleures garanties de sécurité sanitaire.
- Indiquer aux salariés expressément, par écrit, qu'en cas de difficulté rencontrée sur place, voire de simple doute, ils pourront éventuellement exercer leur droit de retrait.
- Contracter, si ce n'est déjà le cas, les assurances adéquates à de tels déplacements en cette période, en particulier en cas d'éventuel besoin de rapatriement sanitaire.
- Outre bien sûr la fourniture des moyens de protection sanitaire désormais habituels (masques, gants, gel hydroalcoolique etc.).

La consultation préalable du CSE sur les mesures à prendre fera évidemment partie des étapes à considérer.

► Si le pays de destination place toute personne venant de l'étranger (la France en l'occurrence) en quarantaine (ou plus exactement en quatorzaine), l'employeur devra très probablement renoncer au déplacement envisagé. A défaut, en exposant, sciemment par hypothèse, ses salariés à une telle situation, il pourrait être considéré comme n'ayant pas satisfait à son obligation de veiller à la santé physique et mentale de ses salariés. Il pourrait en particulier lui être reproché d'avoir, sciemment, exposé son salarié à un risque d'anxiété.

► En outre, si le lien de causalité entre la contraction du virus et le travail n'est sans doute pas aisé lorsque le salarié réside chez lui, en France, et travaille chez son employeur, également en France, la situation devient différente en cas de déplacement à l'étranger pendant plusieurs jours.

En effet, en fonction de la durée du séjour à l'étranger et du temps habituel d'incubation du virus, il pourra dans certains cas être facilement déduit que le salarié considéré a été infecté lors de son séjour professionnel à l'étranger. Pèsera alors sur l'employeur une présomption de responsabilité civile sauf, dans le prolongement de la jurisprudence Air France sus-visée, à ce que celui-ci justifie *"avoir pris toutes les mesures prévues par les articles L.4121-1 et L.4121-2 du code du travail"*. Difficile aujourd'hui de savoir comment les juges du fond apprécieront le respect, ou non, de cette obligation.



On ne peut non plus exclure l'éventuelle action de salariés sur le fondement de l'article 223-1 du code pénal (délit de mise en danger d'autrui). Même si son application est contestable, la condition liée à l'expression "*manifestement délibérée*" pourrait être appréciée assez largement par les juges dans le cas de contraction du virus à l'étranger par des salariés auxquels des déplacements professionnels auront été imposés pendant la pandémie.

2. Le sort des travailleurs à l'étranger pris dans la tourmente du covid-19

Une distinction doit être opérée entre :

- les salariés employés d'entreprises françaises qui sont **détachés à l'étranger** par leur employeur,
- et les salariés d'entreprise étrangères **employés en France**.

Concernant les premiers, une distinction sémantique doit être rappelée.

En droit du travail, tout salarié lié par un contrat de travail à un employeur établi en France et qui est habituellement occupé en France mais est amené, à la demande de son employeur, à poursuivre l'exécution de son contrat de travail hors de France pendant une période plus ou moins longue, est un salarié **détaché** : son statut se caractérise par le lien de rattachement qui subsiste avec son employeur d'origine.

Lorsque la mission à l'étranger est appelée à perdurer et que le lien contractuel avec l'entreprise française d'origine se distend, voire que le contrat de travail est rompu, le statut du salarié est alors celui d'un **expatrié**.

En matière de sécurité sociale :

- est un travailleur **détaché**, le salarié d'un employeur établi en France et appelé à effectuer hors de France des missions de courte durée lui permettant de continuer à bénéficier du régime français de sécurité sociale en application de conventions bilatérales ou de règlements européens ;
- est un travailleur **expatrié**, le salarié d'une entreprise établie en France et employé à l'étranger dans des conditions excluant l'application du régime français de sécurité sociale et qui se trouve dès lors soumis à la loi nationale de sécurité sociale de l'Etat d'accueil.

2.1. Les salariés expatriés ou détachés par des employeurs établis en France

Sont concernés les salariés envoyés à l'étranger par des entreprises établies en France qui ont été touchées directement ou indirectement par des décisions administratives d'arrêt imposées en France ou à l'étranger.

La question s'est en effet posée de savoir si ces travailleurs, qui se sont trouvés contraints de réduire voire d'interrompre leur activité, pouvaient être indemnisés au titre du régime de l'activité partielle.

On sait que ce régime a pour objectif d'aider les entreprises à surmonter des situations d'impasse temporaire dues à des circonstances présentant un caractère exceptionnel afin de leur éviter de devoir licencier tout ou partie de leur personnel.



Profondément réformé par la *loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi* (article 16) et la *circulaire DGEFP n° 2013-12 du 12 juillet relative à la mise en œuvre de l'activité partielle*, ce régime a été révisé de façon significative depuis le mois de mars par des dispositions nouvelles ou déroatoires en vue de faciliter sa mise en œuvre pour faire face à l'épidémie de covid-19 (voir à ce sujet la fiche actualisée établie par la Commission sociale).

Un *Questions/Réponses mis à jour au 22 avril 2020*, élaboré par le ministère du travail afin de détailler le dispositif exceptionnel d'activité partielle qui a été aménagé et a apporté d'utiles précisions à cet égard (*Question n° 24*).

(a) Le cas des salariés restés à l'étranger

Selon ce *Questions/Réponses*, les salariés **sous contrat de droit français** travaillant sur des sites localisés dans des pays tiers ne sont **pas éligibles à l'activité partielle**.

Cette exclusion est cependant assortie d'une réserve complétée par une exception. Il est en effet souligné :

- que cette exclusion se justifie par le fait qu'il n'est pas possible à l'autorité administrative (i.e. la Direccte chargé d'instruire les demandes d'autorisation de placement de salariés en activité partielle) de vérifier la baisse d'activité pour des sites à l'étranger,
- mais que la prise en charge de ces salariés demeure possible dans le seul cas où l'entreprise est en mesure de démontrer qu'elle ne peut pas les rapatrier compte tenu des mesures sanitaires en vigueur.

(b) Le cas des salariés qu'il a été possible de rapatrier

Le *Questions/Réponses* susmentionné vise expressément les salariés **expatriés** qui sont **sous contrat local avec l'entreprise étrangère** et qui auront pu être rapatriés. Il est permis d'en déduire que la solution décrite s'applique *a fortiori* aux salariés détachés dès lors qu'ils auront été rapatriés.

Ces salariés **sont éligibles** à l'activité partielle mais dans les **conditions** suivantes :

- Si le salarié est **reclassé sur un poste** au sein de la société en France et que les salariés au sein du même service sont placés en activité partielle, le salarié peut bénéficier du dispositif d'activité partielle au même titre que ses collègues ;
- Si le salarié **n'est pas reclassé immédiatement** par la société en France, l'entreprise peut demander le placement en activité partielle jusqu'à son reclassement effectif sur un autre poste ou jusqu'à ce qu'il puisse repartir à l'étranger.

Il est ajouté que les clauses de reclassement résultant d'obligations contractuelles ou conventionnelles restent prioritaires sur le placement en activité partielle ; cela signifie que **l'entreprise devra justifier qu'elle n'était pas en mesure de répondre auxdites obligations de reclassement**.

2.2. Les salariés "impatriés"

Sont concernés les salariés travaillant en France pour des entreprises ne comportant pas d'établissement en France.



(a) Cas général

En principe, ces salariés ne sont **pas éligibles** au dispositif d'activité partielle.

C'est ce que précise la *Fiche relative aux salariés employés par une entreprise étrangère n'ayant pas d'établissement en France* annexée aux *Questions/Réponse sur l'activité partielle, version du 22 avril 2020*.

Aux termes d'un "A noter", cette fiche explique en effet que les salariés détachés en France par une entreprise étrangère **demeurent soumis à la législation de sécurité sociale de l'Etat d'envoi**, de sorte qu'ils restent affiliés à leur régime de sécurité sociale d'origine (dès lors, ce sont les dispositifs de soutien prévus dans le pays d'établissement de l'employeur qui auront, le cas échéant, vocation à s'appliquer).

(b) Exception

Toutefois et à titre exceptionnel, *l'ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020* (article 9) **étend le bénéfice du dispositif d'activité partielle aux salariés dont l'employeur, bien qu'entreprise étrangère, cotise aux régimes français de sécurité sociale et d'assurance chômage**.

Le code de la sécurité sociale (articles L. 243-1-2 et R. 243-8-1) prévoit en effet que **les salariés dont l'employeur est une entreprise étrangère mais qui exercent leur activité en France relèvent obligatoirement du régime de la sécurité sociale** : dans ce cas, il appartient à l'employeur étranger de remplir les obligations de déclaration et de versement des cotisations et contributions patronales et salariales qui lui incombent en France **auprès d'un organisme de recouvrement unique : l'Urssaf Alsace, Centre national firmes étrangères (CNFE)**.

En conséquence, les salariés affiliés dans le pays d'origine de leur employeur en vertu de conventions bilatérales n'ont pas accès au régime d'activité partielle français.

Le *Questions/Réponses sur l'activité partielle à jour au 22 avril 2020 (Question 20)* et la Fiche susmentionnée déterminent les conditions et modalités d'application du dispositif :

Il résulte donc de ce qui précède :

- que le salarié doit relever du régime français de sécurité sociale et avoir un contrat de travail de droit privé avec l'entreprise étrangère,
- que l'employeur, entreprise étrangère, ne doit avoir aucun établissement en France,
- qu'en outre, ce dernier doit être soumis aux contributions et cotisations sociales ainsi qu'aux obligations d'assurance chômage au titre de la législation française.

La demande d'activité partielle de l'entreprise étrangère doit être accompagnée d'un RIB français et assortie de documents :

- justifiant de la nécessité de recourir à l'activité partielle en lien avec la crise sanitaire Covid-19,
- mentionnant l'adresse de l'entreprise à l'étranger,
- et renseignant les informations habituellement requises (voir sous l'article R. 5122-2 du code du travail).



Le dossier doit être adressé via le site de l'activité partielle (<https://activitepartielle.emploi.gouv.fr/aparts>) à l'UD 67 (unité départementale du Bas-Rhin 6, rue Gustave-Adolphe-Hirn 67085 Strasbourg Cedex) qui en assurera l'instruction.

Cette mesure s'appliquera jusqu'à une date fixée par décret et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2020.

