

MULTINATIONAL ENTERPRISES AND THE MOBILITY OF THEIR EMPLOYEES: ISSUES AND LEGAL ENGINEERING

LES ENTREPRISES TRANSNATIONALES ET LA MOBILITE DE LEURS SALARIES : ENJEUX ET INGENIERIE JURIDIQUES

Martine DERDEVET* and David CHEKROUN**

LT Employees' rights; Employment policy; Migrant workers; Multinational companies; Overseas employees; Risk management; Secondment

This article is inspired by the discussions that took place during a round table¹ held on 13 June 2019 by the International Business Law Journal. Chaired by David Chekroun and Martine Derdevet, the aim of the round table was to bring together lawyers, managers, academics and journalists to reflect on the mobility of employees of multinational companies and specifically on the arrangements made by multinational companies (MNE) concerning their employees' mobility.

This article maintains the anonymity of opinions expressed and reproduces this open discussion following the Chatham House rule.

Attendees: Gwladys Beauchet (lawyer at the Paris bar, Cabinet DS Avocats), Tatiana Perretiere (in-house lawyer, Airbus), Delphine Fraudeau (Global Mobility Compliance Team, Airbus), Magali Castano (Vice President Human Resources Technip Energies at TechnipFMC), Etienne Pataut (professor of law, Sorbonne Law School), Fabienne Jault Seseke (professor of law, University of Versailles, Saint-Quentin-en-Yvelines), Marie-Noëlle Lopez (journalist, Planet Labor).

The round table was organised around two main areas of discussion. The first, which covered economic, strategic and

Cet article est inspiré des échanges qui se sont tenus lors de la table ronde organisée le 13 juin 2019, par la Revue de Droit des Affaires Internationales. Animée par David Chekroun et Martine Derdevet la table ronde avait pour ambition de réunir des avocats, des juristes, des cadres d'entreprises, des universitaires et des journalistes, pour réfléchir sur la mobilité des salariés des entreprises transnationales (ETN) et plus précisément sur l'aménagement par les entreprises transnationales de la mobilité de leurs salariés.

Le présent article préserve l'anonymat des opinions exprimées et restitue cette discussion « libre » et à « bâtons rompus » organisée dans le respect de la règle de Chatham House.

Ont participé à cette discussion : Gwladys Beauchet (avocate, Cabinet DS Avocats), Tatiana Perretiere (juriste, Airbus), Delphine Fraudeau (Global Mobility Compliance Team, Airbus), Magali Castano (Vice President Human Resources Technip Energies, TechnipFMC), Etienne Pataut (professeur de droit, École de Droit de la Sorbonne), Fabienne Jault Seseke (professeur de droit, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), Marie-Noëlle Lopez journaliste, Planet Labor).

La table ronde s'est déployée autour de deux grands axes. Le premier axe d'ordre économique, stratégique

* Doctor of Law, Expert in international labour law and comparative social and labour law, Renault SAS.

** Professor of international business law at ESCP Business School, Scientific director of the KPMG Professorship in International Corporate Governance.

et social a identifié les tendances au sein des entreprises transnationales dans leur politique de mobilité des salariés. Le second axe a traité des enjeux juridiques de la politique de mobilité des salariés des ETN qui en résultaient notamment en matière d'expatriation, de détachement, de mission et de mise à disposition internationale. Il a été également discuté dans ce second axe de l'ingénierie juridique développée par les ETN par le recours à des *global employment company* et la création des dispositifs originaux à l'échelle des groupes. Seul ce second axe est restitué dans le présent article.

INTRODUCTION

Depuis le milieu des années 1980, la croissance des flux d'investissements directs à l'étranger (IDE), qui consistent en la création d'unités de production à l'étranger ou en l'acquisition d'unités existantes, dans le monde a été quasiment ininterrompue. A l'exception de trois fractures (début des années 90, année 2001, années 2007 – 09) marquées par une diminution des flux d'IDE au niveau mondial, la tendance qui se dégage est celle d'une internationalisation croissante de la production.

Si cette accessibilité à la consommation mondiale reste loin d'être homogène, elle est orchestrée par les entreprises transnationales (ETN), issues très majoritairement des pays de l'OCDE, et dont le pouvoir d'influence dans des pays développés et en développement ne cesse de croître.

Et pourtant depuis une dizaine d'années, les ETN sont de plus en plus réticentes à signer des contrats d'expatriation qui incluent les salaires, souvent augmentés des diverses primes liées à l'expatriation, le paiement du logement, les frais de scolarité des enfants, l'assistance au conjoint pour l'aider à trouver une activité, des fonds de pension/retraite.

Les ETN préfèrent réduire leurs coûts d'expatriation, privilégiant l'expatriation « light », *commuting*, le *flex benefits*, la mobilité « à la carte » voire la localisation pure et simple des salariés après cinq ans.

LES ENJEUX JURIDIQUES DE LA POLITIQUE DE MOBILITE DES SALARIES DES ETN

Dans le contexte précédemment décrit, les ETN organisent la nécessaire « circulation » de leurs salariés issus d'une multitude d'entités juridiques localisées sur un périmètre mondial.

Plus précisément, alors que désormais le statut d'expatrié est plutôt réservé à une population de « niche » ou d'experts, les ETN expriment de plus en plus le besoin de mettre en place un management « convergé » s'affranchissant des entités juridiques. Elles s'appuient en effet sur de nouvelles modalités de travail qu'offre le numérique, ne rendant plus forcément nécessaire la mobilité géographique, au profit de courts séjours ou de déplacements.

social topics, identified trends in the employee mobility policies of multinational enterprises. The second area dealt with the legal issues arising from the employee mobility policies of multinational enterprises (MNEs), particularly concerning expatriation, secondment, international assignments and posting of employees. In this second part, attendees discussed the legal engineering developed by MNEs involving the use of global employment companies and the creation of original mechanisms at the group level. This article only reports on the second area of discussion.

INTRODUCTION

Since the mid-1980s, the growth of foreign direct investment (FDI), which consists in the creation of production units abroad or the acquisition of existing units, has been virtually uninterrupted around the world. With the exception of three ruptures (early 1990s, 2001, and 2007–09) marked by a decline in FDI flows globally, the trend that emerges is one of growing internationalisation of production.²

While access to world consumption is far from uniform, it is orchestrated by multinational enterprises (MNE)³, the vast majority of which are based in OECD countries and whose influence in developed and developing countries is constantly growing.

Nevertheless, in the past ten years or so, MNEs have been increasingly reluctant to conclude expatriate contracts, which in addition to base salaries often include various allowances related to expatriation, such as a housing allowance, education fees for children, assistance for the spouse to find a job, and pension plans.

MNEs now seek to reduce their expatriate costs, preferring “expatriation-lite”, commuting, flexible benefits, customised mobility or quite simply the localisation of employees after five years.⁴

LEGAL ISSUES RELATED TO MNES' EMPLOYEE MOBILITY POLICIES

In the context described above, MNEs organise the necessary “circulation” of their employees coming from a multitude of legal entities located around the world.

Specifically, although the status of expatriate is now largely reserved for an expert or “niche” population, MNEs increasingly express the need to set up a sort of “convergent” management that is free of the constraints of local legal entities. They are making use of the new ways of working offered by digital technology, which no longer necessarily require geographic mobility, and are shifting towards short stays or trips abroad.

In response to the imperatives of setting up multidisciplinary teams, these MNEs make an eclectic, cross-functional selection of employees, gathering the best experts from beyond the boundaries of the parent company, which, lacking certain resources, mainly draws on its subsidiaries.

These ad hoc cross-functional teams must immediately demonstrate that they are operational. Ideally, it should be possible for each team to be managed by a person who has been equipped with managerial power (in the hierarchical sense) and who is able to make decisions on behalf of the company or companies involved in the project (sign contracts for example) and represent it/them vis-à-vis third parties.⁵

To meet these objectives, MNEs have at their disposal a diverse legal arsenal. However, far from allowing them to “tick all the boxes”, MNEs are constrained by the available legal arsenal to making default choices, the least risky ones, picked out of a “normative labyrinth”. These uncertainties are often compensated by incentives.⁶

A diverse legal arsenal

During the round table, attendees discussed the legal tools that MNEs make use of most often: expatriation, “impatriation” (inbound expatriate), secondment or any form of temporary assignment,⁷ seen from the angle of labour law, or the provision of services abroad.

However diversified they may be, these legal devices, which are most often the product of a subtle legislative compromise within a country between worker protection and the economic interests of companies, are only imperfectly suited to meeting the range of situations facing MNEs.

The main reason for this resides in the fact that their implementation does not occur within a single country or jurisdiction, but across several countries that each follow their own socio-economic logic, sometimes facilitating mobility, sometimes discouraging it.

This is why MNEs have also had to resort to some clever legal engineering in crafting international employment contracts.

This legal engineering is particularly subtle given the absence of detailed labour law defining the situation of an employee on assignment abroad. In most countries, the law is rather vague in defining terms like “expatriation”, “secondment”, “assignment” and “international temporary transfer”.

Therefore, what is most important in comparative labour law are the conditions for sending an employee abroad and the employment contract system.

Ces ETN confrontées aux impératifs de mise en place d'équipes pluridisciplinaires, opèrent alors une sélection éclectique et transversale de salariés rassemblant les meilleures expertises au-delà des frontières de la maison mère, qui dépourvue de certaines ressources, va principalement se fournir au sein de ses filiales.

Ces équipes transverses « ad hoc » ainsi composées doivent immédiatement faire la démonstration de leur caractère opérationnel. Idéalement, chaque équipe devrait pouvoir être dirigée par une personne dotée d'un pouvoir managérial (entendu comme hiérarchique), pouvant prendre des décisions au nom et pour le compte de (la) ou des sociétés concernée(s) par le projet (signer des contrats par exemple) et enfin de (la) ou (les) représenter vis à vis des tiers.

Pour remplir ces objectifs, les ETN disposent d'un arsenal juridique hétérogène. Toutefois loin de leur permettre de « cocher toutes les cases », les ETN sont contraintes, dans l'arsenal juridique disponible, de faire des choix par défaut, ceux les moins risqués, piochés dans un « labyrinthe normatif ». Ces incertitudes étant souvent compensées par les « incentives ».

Un arsenal juridique hétérogène

Lors de la table ronde, ont été discutés les instruments juridiques dont les ETN ont le plus souvent recours c'est-à-dire l'expatriation, l'impatriation, le détachement ou la mise à disposition sous toutes ses formes, vu sous l'angle du droit social, voire la prestation de services effectuée à l'étranger.

Or, ces véhicules juridiques si diversifiés soient-ils, fruit le plus souvent d'un subtil compromis législatif au sein d'un pays entre protection des salariés et intérêt économique des entreprises, ne suffisent qu'imparfaitement à appréhender toutes les situations auxquelles sont confrontées les ETN.

La raison principale réside dans le fait que leur mise en œuvre ne se déroule pas au sein d'un seul État/juridiction mais au sein de plusieurs États qui poursuivent leurs propres logiques socio-économiques tantôt facilitant la mobilité tantôt la décourageant.

C'est pourquoi les ETN ont également dû faire preuve d'ingénierie juridique en façonnant les contrats de travail à l'international.

L'ingénierie juridique est d'autant plus subtile qu'en l'absence de textes de droit du travail définissant la situation du salarié envoyé à l'étranger, il en résulte dans la plupart des droits nationaux un certain flou terminologique entre « expatriation », « détachement », « mission », « mise à disposition internationale ».

Aussi, ce qui importe avant tout en droit du travail comparé, ce sont les conditions de l'envoi du salarié à l'étranger et le régime du contrat de travail.

L'expatriation

Il a été rappelé que l'expatriation concerne généralement des salariés envoyés à l'étranger pour une mission de longue durée. Généralement, le statut d'expatrié se caractérise par la réduction des liens entre le salarié et l'entreprise située dans son pays d'origine. Le contrat de travail conclu avec cette entreprise est en principe suspendu ou rompu à l'occasion de l'expatriation. Le salarié n'est donc plus rémunéré par l'entreprise située dans le pays d'origine, mais par une entreprise située dans l'État d'accueil, avec laquelle il a conclu un autre contrat de travail.

Toutefois, il n'existe pas de définition juridique en droit social de l'expatriation. Les contours de la mission du salarié sont ajustés en fonction des besoins de l'ETN et la qualification d'expatrié est identifiée à partir d'un « faisceau d'indices », qui vise des situations qui placent clairement le curseur au sein de la société d'accueil.

En effet, en dehors de toute considération relevant des injonctions du droit local pouvant biaiser la décision d'une ETN, si cette dernière souhaite transférer un salarié impliquant le déplacement temporaire du lien de subordination, la représentation la société d'accueil vis-à-vis des tiers, et la prise de décisions au nom et pour le compte de cette dernière, le schéma « choisi » sera le suivant: suspension ou rupture du contrat de travail d'origine, suivie de la conclusion d'un nouveau contrat de travail local pour la mission d'expatriation.

En principe l'expatriation est prévue pour une durée significativement longue (> deux ans) variable selon les ETN, offrant l'appréciable avantage de n'être pas limitée dans le temps.

Les conséquences sont les suivantes :

- Le salarié ne sera plus comptabilisé dans l'effectif « actif » de la société d'origine
- Il ne pourra plus se maintenir au régime obligatoire de protection sociale du pays d'origine, et devra s'affilier auprès des régimes locaux de protection sociale (principe de territorialité) et d'assurance chômage obligatoire.

Les modalités de rupture de l'expatriation peuvent prendre plusieurs formes :

- Lorsque la mission correspondant au contrat de travail au sein de la société locale s'achève, le contrat de travail d'origine, s'il est suspendu, se réactive, la société d'origine doit procéder au rapatriement du salarié, puis à sa réintégration en son sein ou d'une des sociétés du groupe.

Expatriation

It was pointed out that expatriation generally concerns employees sent abroad for a long-term assignment. Generally, the status of expatriate is characterised by a reduction in ties between the employee and the company located in the home country. In principle, the employment contract with this company is suspended or terminated upon expatriation. The employee is no longer remunerated by the company located in the home country, but by another company located in the host country, with which a new employment contract has been concluded.

However, there is no legal definition of expatriation in labour law. The scope of the employee's assignment is adjusted according to the needs of the MNE and the "expatriate" classification is determined on the basis of a "set of concordant indicators" in situations that clearly shift the focus to the host company.

Indeed, notwithstanding any consideration of local legal injunctions that may influence an MNE's decision, if the latter wishes to transfer an employee abroad, necessitating a temporary shift in the chain of command,⁸ where that employee will represent the host company in relation to third parties and make decisions on behalf of the latter, the "chosen" arrangement will be as follows: suspension⁹ or termination¹⁰ of the original employment contract, followed by the conclusion of a new local employment contract for the expatriate assignment.

In principle, expatriation is for a relatively long period (> two years), depending on the MNE, and has the advantage of not being limited in time.

It has the following consequences:

- The employee is no longer counted in the "active" staff of the home company.
- The employee can no longer belong to the mandatory social protection system of the home country,¹¹ and will have to join the local social protection system (principle of territoriality) and mandatory unemployment insurance.¹²

There are several different ways of terminating the expatriation:

- When the assignment¹³ relating to the employment contract in the local host company ends, the original employment contract is reactivated (if suspended), and the employee is repatriated by the original company and reintegrated in one of the companies of the group.

- It is the same in cases of employee dismissal:

“When an employee of the parent company has been transferred to a foreign subsidiary and an employment contract has been concluded with the latter, in the event of dismissal by the subsidiary, the parent company will see to the employee’s repatriation and procure a new post for the employee that is compatible with the rank of their previous responsibilities in the parent company.”¹⁴

- Localisation: at the end of the assignment, if the employment contract between the employee and the original employer was terminated and the employee has not signed a promise of reintegration, a new local employment contract¹⁵ may be concluded with the host company, albeit under the same conditions as the other employees of the host company, with the legal effects being entirely subject to local law.¹⁶

Impatriation

There is no legal definition for the concept of “impatriation” (inbound expatriation), despite covering several different situations, notably employee transfers in the context of intra-group¹⁷ provision of services, or in the case of “multiple employment”.¹⁸

Here again, as the focal point is located in the host country, employers established outside the host country must imperatively observe a “hard core” of labour regulations, if only to cite those exhaustively gathered at the end of the well-known art.L. 1262-4 of French labour law.¹⁹

On the other hand, the French legal and conventional provisions relating to the conclusion or termination of employment contracts (grounds for dismissal, notice, severance pay, etc.) are excluded, as well as those that cannot be applied to employees of a company established outside France (professional training, employee representative bodies, works council, occupational insurance, etc.).

Secondment

In contrast to expatriation or impatriation, the concept of secondment (temporary posting of workers) has been the subject of particularly abundant regulation both at the European²⁰ and local levels,²¹ as well as in different branches of law.²²

One might think, therefore, that this notion, apprehended in different domains, would completely cover all the situations encountered by MNEs and be free of any legal ambiguity. Unfortunately, the opposite is what is observed by practitioners.

Granted, some major principles have been identified to delimit the concept of secondment, such as the condition

- Même cas de figure en cas de licenciement :

« 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. ».

- La « localisation »: à l’issue de la mission, si le contrat de travail entre le salarié et l’employeur d’origine a été auparavant rompu et que le salarié n’a pas signé de promesse de réintégration, un nouveau contrat de travail local peut être conclu avec l’entreprise d’accueil, mais aux mêmes conditions que les salariés de la filiale d’accueil, les effets juridiques étant désormais entièrement soumis au droit local.

L’impatriation

Le concept d’impatriation (ou expatriation inversée) ne connaît pas davantage de définition juridique, et ce d’autant plus qu’il recouvre plusieurs situations notamment celles du détachement dans le cadre d’une prestation de services ou intra-groupe, ou encore celle d’une pluriactivité.

Ici encore, le curseur étant également positionné dans le pays d’accueil, les employeurs établis hors du pays d’accueil doivent impérativement respecter un noyau dur de règles en droit du travail, pour ne citer que celles à l’exhaustivité exigeante rassemblées au terme du fameux art.L. 1262-4 du Code du travail.

En revanche, sont exclues les dispositions légales et conventionnelles françaises relatives à la conclusion ou à la rupture du contrat de travail (motif du licenciement, préavis, indemnités, etc...) ainsi que celles ne pouvant s’appliquer aux salariés d’une entreprise établie hors de France (formation professionnelle, institutions représentatives du personnel, prévoyance...)

Le détachement

A la différence de l’expatriation ou de l’impatriation, la notion de détachement a fait l’objet d’une réglementation particulièrement abondante, à la fois européenne et locale, mais également par branches du droit.

On aurait pu par conséquent imaginer que cette notion, appréhendée dans différents domaines, aboutisse à une couverture totale des situations rencontrées par les ETN et soit dépourvue d’une quelconque ambiguïté juridique. Malheureusement c’est le constat inverse que font les praticiens.

Certes de grands principes ont bien été dégagés pour circonscrire le concept de détachement comme la

condition d'exercice réel d'activités substantielles par l'employeur d'origine, ou la typologie de situations de recours au régime du détachement. Mais ces fondements au lieu d'épuiser de réelles solutions offertes aux ETN, contraignent ces dernières à s'y ajuster, notamment en « appréciant » le caractère temporaire, où la vocation parfois spéculative du salarié à revenir à terme dans son pays d'origine.

Dans ce cas de figure, le curseur est sans conteste placé au sein de la société d'origine. En effet, si le vœu de l'ETN est de conserver un lien de subordination, sans besoin de représentation de la société d'accueil vis-à-vis des tiers, ou de prise de décisions au nom et pour le compte de cette dernière, le cadre « choisi » sera le suivant :

- Le salarié détaché conserve son contrat de travail, mais signe un avenant de détachement au sein duquel sont consignées les modalités de son détachement. Son salaire continue d'être versé par la société d'origine.
- Une convention de mise à disposition à but non lucratif est conclue entre la société d'origine et la société d'accueil.
- La loi applicable sera celle du contrat de travail d'origine (modalités de rupture par exemple) mais l'employeur devra également respecter les lois de polices locales.

C'est bien en définitive autour du « lien de subordination » que va porter la réflexion de l'ETN sur le choix du statut. On distingue en effet le lien « hiérarchique » du lien fonctionnel ou opérationnel.

Bien qu'il n'existe pas de définition légale du lien hiérarchique y compris dans la législation française, on peut néanmoins relever des caractéristiques communes. Ces dernières manifestent clairement le fait que le salarié détaché demeure sous l'unique autorité de son employeur, seul habilité à lui donner des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements. C'est pourquoi il est souvent illusoire de défendre un statut de détaché alors que tant d'indices au quotidien viennent contredire le schéma initial... L'employeur ou société d'origine doit continuer à manifester son pouvoir de direction envers le salarié détaché pendant sa toute sa mission et veiller en particulier à ce que l'entité d'accueil ne joue pas le rôle d'employeur—par exemple à travers diverses actions: échanges fréquents de mails, présence attirée dans des comités de direction ou au sein de l'organigramme de l'entité locale.

De même le salarié détaché ne pourra exercer envers les salariés de l'entité d'accueil un pouvoir de direction

that the posting company (the seconded) actually have substantial operations in the country,²³ or the typology of situations where secondment may be used.²⁴ But rather than exhausting the real solutions offered to MNEs, these principles oblige the latter to adjust to them, notably by “assessing” the temporary nature, or the sometimes uncertain intention of the employee to eventually return to the country of origin.

In this case, the focal point is undeniably placed in the posting company. Indeed, if the MNE wishes to maintain a hierarchical relationship²⁵ with the employee, and there is no need to represent the host company to third parties or make decisions on behalf of the host company, the framework adopted will be the following:

- The posted employee (the secondee) will keep the original employment contract, but sign an amendment stipulating the terms and conditions of the secondment.²⁶ Their salary will continue to be paid by the posting company.
- A non-profit-seeking secondment agreement is concluded between the posting company and the host company.²⁷
- The applicable law will be that of the original employment contract (termination conditions, for example), but the employer must also abide by local mandatory rules.²⁸

It is ultimately a question of “hierarchical relationship” that the MNE's thinking will focus on when making the choice of status. Indeed, the hierarchical relationship is distinguished from the functional²⁹ or operational³⁰ relationships.

Although there is no legal definition of the hierarchical relationship, even in French legislation, we can nevertheless identify its common characteristics.³¹ They are clearly manifested in the fact that the posted employee remains under the sole authority of his/her employer, i.e. the only one authorised to give instructions, to verify their execution and to sanction failures. This is why it is often illusory to defend a secondment status when so many daily indicators contradict the initial arrangement. The employer or posting company (company in the country of origin) must continue to demonstrate its power to supervise the employee during the entire posting and, in particular, make sure that the host company does not play the role of employer—for example, through various actions: frequent communication by email, official attendance at management committee meetings, or inclusion in the company organisation chart of the local entity.

Similarly, the posted employee may not exercise any supervisory or hierarchical power over the employees of the

host company, unless he/she is an official company representative. Otherwise, the employees thus managed may be tempted to establish a relationship with the posting company (company in the country of origin).

Once this thorny issue of labour law is resolved, the MNE is still only halfway through the thicket. Now it must also comply with social security laws concerning secondment. Two situations may be envisaged:

- When the employee is on secondment in terms of social security in another member state of the European Union, secondment is understood to mean that the employee is maintained under the social protection system of the country where he/she is usually employed³² (home country) while temporarily performing his/her duties in the territory of another country. Under labour law, the hierarchical relationship with the original employer is maintained. Although there now exists a term limit in European labour law³³ on how long the home country legislation will apply, as well as a maximum secondment period in social security law,³⁴ the two periods have not been harmonised.
- When the employee is on secondment in a non-EU country, either there is a bilateral agreement between the two countries stipulating the particular conditions of secondment, notably its duration and formalities,³⁵ or the MNE will be faced with the double social security registration of the employee, meaning that contributions will have to be paid in both the home country and the host country.³⁶

Here again, the two periods concerning secondment in labour law and in social security law may not coincide.

Therefore, despite having this substantial legal arsenal at their disposal, MNEs are sometimes forced to “bend the rules” to reconcile all of the needs and wishes of the employee with this multidisciplinary legislation, not to mention a multi-country scope that is at best only partially harmonised.

A legal arsenal that is too multifarious to meet the needs of MNEs

In the absence of harmonised national legislations, disconcerted MNEs have exhausted all sorts of individual solutions to cope with these “cross-functional management” situations: intra-group secondment,³⁷ distinction between hierarchical and functional relationship, jointly-agreed transfer of an employee to the entity where he/she works, and finally an employment contract with multiple employers.

It is not the intention of MNEs to circumvent regulatory aspects, but rather to comply with them by analysing the

ou hiérarchique à moins qu’il ne soit mandataire social. A défaut les salariés qu’il managerait pourraient être tentés d’établir un lien avec la société d’origine.

Une fois cette épineuse question de droit social résolue, l’ETN ne se trouve « qu’à la moitié du gué ». Et c’est désormais au détachement *versus sécurité sociale* qu’elle devra se conformer. Deux situations sont envisageables :

- Lorsque le salarié est détaché au sens de la sécurité sociale dans un autre pays de l’Union européenne, le détachement s’entend par le fait de maintenir sous le régime de protection sociale du pays habituel d’emploi (celui d’origine) le salarié exerçant temporairement son activité professionnelle sur le territoire d’un autre pays. En droit social le lien de subordination avec l’employeur d’origine est maintenu. Alors qu’il existe désormais un butoir au maintien de la loi du pays d’origine en droit du travail européen et une période de détachement en droit de la sécurité sociale, les deux périodes ne sont pas harmonisées.
- Lorsque le salarié est détaché dans un Etat tiers à l’Union européenne, soit il existe une convention bilatérale de sécurité sociale entre les 2 pays qui fixe les conditions particulières du détachement, notamment sa durée et les formalités ; soit l’ETN devra faire face à une double affiliation du salarié ayant pour effet le versement des cotisations sociales à la fois dans le pays d’origine et dans le pays d’accueil.

Ici également les deux périodes liées au détachement en droit du travail et de la sécurité sociale risquent de ne pas coïncider.

Ainsi, bien que disposant d’une panoplie juridique étayée, les ETN sont parfois contraintes de lui « tordre le bras » pour mettre en adéquation l’ensemble des besoins et vœux du salarié avec une législation pluridisciplinaire, de surcroît sur un périmètre multi-étatique au mieux partiellement harmonisé.

Un arsenal juridique trop composite pour répondre aux besoins des ETN

Faute d’harmonisation des législations nationales, les ETN souvent déconcertées ont épuisé toutes sortes de solutions individuelles pour encadrer ces situations de « management croisé » : détachements intra-groupe, distinction du lien hiérarchique et fonctionnel, mutation concertée d’un salarié dans l’entité où il preste, et enfin contrat de travail avec plusieurs employeurs.

L’objectif des ETN n’est pas de contourner les aspects réglementaires mais bien plutôt de s’y conformer en

analysant la tension entre besoins des entreprises et contraintes juridiques. Les solutions issues de la pratique reposent sur une cartographie des risques.

La tension entre les besoins des ETN et les contraintes juridiques

Les ETN s'organisent autour de structures « souples » dotées de process souhaités les plus simples possibles. Or ces organisations ne collent que très imparfaitement avec la logique règlementaire qui s'appuie principalement sur les concepts d'entité juridique et de lien de subordination.

Un manager est nommé à la tête de plusieurs équipes, avec un besoin exprimé d'un lien de subordination envers tous ces salariés. Cette situation de co-emploi caractérisée, souvent sans encadrement légal, doit évidemment être traitée au regard des lois nationales impliquant, nous l'avons évoqué, le droit social et le droit de la sécurité sociale (y compris la prévoyance et la retraite) mais également très souvent le droit de l'immigration, le droit des données personnelles, ainsi que le droit fiscal.

Cette improbable combinaison doit forcément être en conformité avec *a minima* deux législations celle de la société d'origine et celle de la société d'accueil, la plupart du temps non harmonisées.

A titre d'illustration plusieurs cas sont caractéristiques du fonctionnement des ETN mobilisant les liens hiérarchiques, fonctionnels et opérationnels.

Absence de cadre juridique

Un salarié titulaire d'un contrat de travail avec la filiale brésilienne (son employeur et supérieur hiérarchique) est chargé de fabriquer un véhicule utilitaire en Argentine. Il est donc rattaché opérationnellement au directeur de l'usine argentine. En outre, il rapporte fonctionnellement à un directeur métier *Direction du véhicule utilitaire* au sein de la société mère en France (lien fonctionnel). Ce salarié doit manager hiérarchiquement des équipes en Argentine, mais également au sein d'autres entités localisées en Amérique du sud.

Détachements en cascade

Un vendeur d'une filiale vénézuélienne est mis à disposition d'une co-entreprise localisée en France dont l'objet social est de réaliser le marketing de tout le groupe. Afin de bénéficier du support de la filiale localisée en Suisse dédiée aux mobilités à l'international, son contrat de travail est d'abord suspendu, puis il est embauché par cette entité qui le détache vers la société mère, localisée au Luxembourg. Cette dernière le met à disposition de la co-entreprise...Il souhaite pouvoir engager la société mère vis-à-vis des tiers.

tension between the needs of companies and legal constraints. By mapping out the risks, some solutions emerge from practice.

The tension between the needs of MNEs and legal constraints

MNEs are organised around “flexible” structures³⁸ equipped with processes that are designed to be as simple as possible. However, these structures are only very imperfectly matched to the regulatory logic, which is mainly based on the concepts of legal entity and hierarchical relationship.

A manager is appointed to head up several teams with an explicit need for hierarchical authority towards his/her employees. This manifest situation of co-employment, often with no legal framework, must obviously be treated with respect to national legislation concerning, as mentioned above, labour law and social security law (including occupational insurance and pensions), but also very often immigration law, personal data protection law and tax law.

This improbable combination must comply with at least two different legislations that are usually not harmonised: that of the original company and that of the host company.

To illustrate, several cases are characteristic of the functioning of MNEs that mobilise hierarchical, functional and operational relationships.

Absence of a legal framework

An employee who has an employment contract with a Brazilian subsidiary (his employer and hierarchical superior) is put in charge of manufacturing a commercial vehicle in Argentina. Therefore, he reports operationally to the director of the factory in Argentina. In addition, he reports functionally to the director of the commercial vehicle division of the parent company in France (functional relationship). This employee must manage teams in Argentina, but also in other entities located in South America.

Cascading secondments

A salesman from a Venezuelan subsidiary is posted to a joint venture located in France, whose purpose is to handle the marketing for the entire group. In order to benefit from the support of a subsidiary located in Switzerland in charge of international mobility, his employment contract is suspended, then he is hired by this entity who in turn transfers him to the parent company located in Luxembourg. The latter posts him to the joint venture. This employee wishes to be able to act on behalf of the parent company vis-à-vis third parties.

Secondment and local contract

A Chinese company concludes a contract for technical assistance with a French company. Under the terms of this agreement, the Chinese company provides the French company with engineers for a period of two years, who should therefore be on direct secondment to the company receiving the service. As a local contract is required in order to obtain a work permit, the engineers ask the local company for a second short-term employment contract. Faced with the unexplained refusal of the local company, the French company transfers its employees to its own Chinese subsidiary, which provides them with a local employment contract. The Chinese subsidiary then posts these employees to the local company receiving the service. There is no legal relationship between the latter and the French workers.

Legally delicate, these complex situations are paradoxically perceived by MNEs as rather banal. Indeed, if we exclude the “legal problems”, there is no longer any risk and everything is possible!

Solutions derived by mapping out the legal risks

In their operations, MNEs are confronted with contradictory injunctions: those related to achieving their objectives with multidisciplinary teams located in various countries while complying not with a single set of laws, but with multiple legal systems.

The in-house lawyer called in to help has no choice but to dissect the situation, translate it into legal terms and map out the risks, with priority given to “making sure that the applicable law corresponds to the reality of the underlying legal situation”.³⁹

Lawyers are familiar with the risks associated with these situations, mainly co-employment which is not covered by any legal framework—a situation that not only occurs in France but elsewhere.⁴⁰

In France, the risk is rather limited. Indeed, the Social Chamber of the Court of Cassation, in a landmark decision,⁴¹ ruled that in the absence of a hierarchical relationship, a firm belonging to a group of firms may not be considered the co-employer of a worker employed by another firm, unless there exists between them—beyond the necessary coordination of economic action between firms belonging to the same group and the state of economic domination that this belonging may engender—“a blending of interests, activities and management manifested by intervention in the economic and labour management of the latter”.

There are also other risk factors and in France the firm ultimately receiving the service may be prosecuted for illegal employment,⁴² in particular for unreported employment,⁴³

Détachement et contrat local

Une entreprise chinoise conclut un contrat d'assistance technique avec une société française. Aux termes de cette convention, cette dernière lui met à disposition des ingénieurs pendant deux ans, qui devraient logiquement être détachés directement vers l'entité bénéficiaire. L'obtention d'un permis de travail exigeant la production d'un contrat de travail local, ces ingénieurs sollicitent donc de la société bénéficiaire locale, un second contrat de travail à durée déterminée. Face au refus inexplicé de cette dernière, la société française détache alors ses salariés vers sa propre filiale chinoise, qui leur procure un contrat de travail local. La filiale chinoise met alors à disposition ces salariés de la société bénéficiaire. Il n'existe aucun lien juridique entre cette dernière et les salariés français.

Ces situations complexes parce que juridiquement délicates sont paradoxalement perçues comme très banales par les ETN. En effet, si l'on exclut les « problématiques juridiques », il n'existe plus aucun risque et donc tout est donc possible !

Les solutions issues de la cartographie des risques juridiques

Dans le fonctionnement des organisations, les ETNs doivent faire face à des injonctions contradictoires : celles consistant à devoir remplir leurs objectifs avec des équipes pluridisciplinaires localisées dans divers pays dans le respect non pas du droit, mais « des droits ».

Le juriste appelé à la rescousse n'a d'autre choix que de décortiquer la situation, la traduire en termes juridiques et d'établir une cartographie des risques avec pour priorité de « s'assurer que la loi applicable correspond à la réalité de la situation juridique sous-jacente ».

Les risques associés à ces situations leur sont familiers ; il s'agit principalement du co-emploi légalement *non encadré*, qui n'est d'ailleurs pas une spécificité française.

En France, le risque est plutôt limité. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt de principe a jugé qu'à défaut d'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être réputée co-employeur envers un salarié employé par une autre, que s'il subsiste entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, « une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière ».

Mais il existe également d'autres facteurs de risques et la société *in fine* bénéficiaire de la ressource pourrait être poursuivie pour travail illégal, et plus précisément

pour travail dissimulé, délit de marchandage, et prêt illicite de personnel.

La société qui fait l'objet de poursuites pour travail illégal s'expose à des sanctions d'ordre administratif, civil, de redressement de cotisations sociales ainsi qu'à des sanctions pénales.

Les ETN ne sont jamais dans une zone confortable, de surcroît face au risque pénal. Or ce type de situations les place précisément dans des schémas qualifiés de « zone grise » susceptibles de frôler un délit de marchandage ou prêt de main d'œuvre illicite. Elles sont donc exposées de manière excessive à ces risques bien après la rédaction des contrats et déclarations requises, car rattrapées par les comportements de ceux qui les mettent en œuvre (échanges de mails, organigrammes, etc.).

Il convient également d'ajouter le risque de requalification du contrat de travail avec la société qui emploie « réellement » le salarié. En cas de litige, souvent à l'initiative du salarié le juge se forge une opinion à partir d'un faisceau d'indices.

Si les ETN jugent parfaitement légitime le renforcement des contrôles, elles déplorent en revanche que les autorités de contrôle aient du mal à saisir ce que représente véritablement la mobilité internationale en leur sein et qu'elles les soupçonnent d'emblée d'avoir des arrières pensées de fraude. A l'opposé les ETN souhaitent plutôt dépénaliser certaines pratiques. Car en effet chaque situation est singulière.

Les managers pressentis à la tête d'un projet expriment les besoins en termes d'objectifs et de délais. Ceux-ci sont examinés ensuite par les juristes de conserve avec les ressources humaines. La méthode consiste à établir une cartographie des risques d'où seront extraites plusieurs solutions. Précisons qu'aucune n'est à même de satisfaire tous les critères au regard du maquis réglementaire précédemment décrit, qu'il convient toutefois de respecter. Il faut donc prioriser les risques et/ou proposer le renoncement à certains éléments, comme le fait de représenter la société d'accueil vis-à-vis des tiers, ou de manager hiérarchiquement une équipe localement.

Bien souvent le droit de l'immigration vient contrarier le fragile édifice. En effet, depuis la transposition de la Directive 2014/66/UE les ETN doivent ajuster leurs politiques. Ainsi, lorsque qu'un salarié qualifié ressortissant de pays tiers à l'UE est détaché en France dans le cadre d'une mobilité intragroupe, il obtient une carte de séjour pluriannuelle « salarié détaché ICT » (« *intra-corporate transfer* »). Ce salarié qui n'a pas vocation à se maintenir sur le territoire français, est donc contraint de retourner dans son pays d'origine à l'issue de sa mission qui en tout état de cause ne peut être supérieure à trois ans. Si l'ETN souhaite prolonger son séjour après expiration de son titre de séjour, obligation lui est faite de respecter une

illegal subcontracting of labour (*délit de marchandage*),⁴⁴ and illicit provision of personnel.⁴⁵

A firm that is prosecuted for illegal employment may face administrative and civil sanctions, a social security contributions reassessment, as well as criminal sanctions.

MNEs are never in a comfortable position and are often faced with the criminal risk. Yet this type of situation places them squarely in a “grey zone” that may verge on illegal subcontracting of labour or illicit provision of personnel. They consequently face excessive exposure to these risks, long after drawing up the required contracts and declarations, as they are implicated by the behaviour of those who implement them (email communications, company organisation charts, etc.).

It is important to add the risk of reclassification of the employment contract with the company that “actually” employs the worker. In the event of litigation, often initiated by the employee, the judge will form an opinion on the basis of a set of concordant indicators.⁴⁶

While MNEs consider it perfectly legitimate for regulatory controls to be strengthened, they deplore the fact that the regulatory authorities have trouble understanding what international mobility truly means for them and immediately suspect them of having fraudulent intentions.⁴⁷ On the other hand, MNEs would like to have certain practices decriminalised. Indeed, each situation is distinct.

Managers being considered to lead a project express their needs in terms of objectives and time frames. These are then examined by an in-house lawyer in conjunction with the human resources department. The method consists in making a map of the risks from which several solutions will then be drawn. It should be pointed out that none of these is sufficient to meet all of the criteria with respect to the tangle of regulations described above, which must nevertheless be observed. One must therefore prioritise the risks and/or renounce certain elements,⁴⁸ such as enabling the employee to act on behalf of the host company vis-à-vis third parties or to exercise hierarchical authority over a local team.⁴⁹

Very often, immigration law comes along to upset this fragile edifice. Indeed, since the transposition of European Directive 2014/66/EU,⁵⁰ MNEs have had to adjust their policies. For example, when a qualified employee from a non-EU country is transferred to France within the framework of intragroup mobility, he/she obtains a multi-year “intra-corporate transfer” residence permit. This employee is not meant to stay on French territory and therefore is obliged to return to his/her country of origin at the end of the assignment, which in any case may not exceed three years. If the MNE wishes to extend the employee's stay beyond the expiration of the

residence permit, the employee is obliged to spend a period of six months (cumulative) outside the EU, whereas owing to bilateral conventions the secondment is liable to remain in effect in terms of social security.

A given situation cannot therefore be “duplicated”. It may of course be a source of inspiration for another case that appears similar, but it is dangerous to try to do without an in-depth investigation *in situ*.

It is sometimes frustrating for an in-house lawyer to renounce a solution that worked perfectly in a similar situation.

It should be pointed out that, in the hierarchy of risks, that of criminal sanctions, however slight, is certainly the most dissuasive, mainly owing to its immediate reputational impacts. At times it is the in-house lawyer’s job to demonstrate the harmfulness of “manipulating organisational attachment criteria in an attempt to evade the most onerous labour law regulations”,⁵¹ especially given that MNEs have signed corporate social responsibility charters or transnational agreements prohibiting such practices. Moreover, they are judged on non-financial criteria⁵² that are disclosed every year in their annual report.

The solution ultimately chosen is often a compromise between the MNE and the employee, whose compensation package will offset any imperfections in the option selected.

Incentives

The salary of posted employees, in particular that of expatriates, often involves some “ad hoc custom crafting”, i.e. which varies depending on the MNE. Nevertheless, it must be particularly attractive even though expatriate conditions are now less advantageous than before. These compensation packages are often deemed excessive by local employees, who perceive them as a “form of imperialism” that is not always well received.

Posted employees will receive a salary that is at least equal to that of the home country. Depending on what is stipulated by national regulations,⁵³ the salary may be paid locally, often partially, with certain benefits (company car, housing, relocation allowance, tuition fees for children). It is also possible to offer language and cultural training or assistance for the spouse in the case of family mobility.⁵⁴

Beyond these constraints related to national regulations, the salary is mainly paid in the home country,⁵⁵ while making sure that the employee receives sufficient resources locally.

The expatriate’s salary is calculated on the basis of the original salary, to which the MNE applies an expatriation coefficient, which varies according to the cost of living in the

période de six mois cumulés hors UE, tandis que par le jeu des conventions bilatérales, le détachement est susceptible de courir en matière de sécurité sociale.

Chaque situation ne pourra par conséquent être ipso facto « dupliquée ». Elle pourra certes être source d’inspiration pour un autre cas jugé similaire, mais il est dangereux de faire l’économie d’un questionnement approfondi *in situ*.

Il est parfois frustrant pour un juriste de renoncer à une solution qui convenait parfaitement à une situation proche.

Soulignons ici que dans la hiérarchisation des risques celui d’ordre pénal, même ténue, est sans aucun doute le plus dissuasif, principalement d’ailleurs pour ses impacts réputationnels immédiats. La tâche du juriste est parfois de démontrer la nocivité qui consisterait à « manipuler les critères de rattachement pour tenter d’échapper aux règles de droit social les plus exigeantes. » et ce d’autant plus que les ETN sont liées par des Chartes RSE ou des accords transnationaux prohibant de telles pratiques. Elles sont par ailleurs jugées sur des critères extra-financiers, publiés dans leurs documents de référence chaque année.

Le choix d’une solution repose en définitive souvent sur un compromis entre ETN et le salarié. La rémunération venant contrebalancer les imperfections de l’option prise.

Les « incentives »

Le salaire des salariés en mobilité, en particulier celui des expatriés relève souvent d’une « orfèvrerie ad hoc », c’est-à-dire variable selon les ETN. Il n’en reste pas moins qu’il se doit d’être particulièrement attractif, même si les conditions d’expatriations sont désormais moins avantageuses. Ces rémunérations sont souvent jugées excessives par les salariés locaux, qui y voient une « forme d’impérialisme » pas toujours bien vécu.

Les salariés en mobilité bénéficieront d’un paiement de salaire au moins égal à celui du pays d’origine. En fonction des prescriptions de la réglementation nationale, le salaire pourra être versé localement, souvent partiellement avec certaines prestations (véhicule de service, logement fourni, aide à l’installation, frais de scolarité des enfants). Il est également possible d’offrir une formation linguistique et culturelle ou encore un accompagnement du conjoint en cas de mobilité familiale.

En dehors de ces contraintes d’ordre réglementaire national, le salaire est principalement versé dans le pays d’origine, en faisant en sorte que le salarié en mobilité bénéficie de ressources suffisantes localement.

Pour calculer le salaire de l’expatrié, l’ETN se base sur le salaire d’origine auquel elle applique un coefficient d’expatriation variable en fonction du coût de la vie

dans le pays, et en tenant compte du taux d'imposition, mais aussi du taux de change dont la conversion est réévaluée 1 à 2 fois par an.

A partir de ce salaire d'origine et de l'impôt « théorique » est estimé un salaire « net net » auquel l'ETN ajoute des primes de mobilité internationale avant d'effectuer un partage de revenus entre le pays d'accueil et celui d'origine.

Toutefois les ETN font face à des cas plus complexes, en particulier lorsqu'il n'existe pas de convention bilatérale fiscale entre les Etats, ce qui les oblige à faire preuve d'ingéniosité pour éviter une double imposition.

Ainsi, le salaire de l'expatrié est totalement individualisé.

Il est donc clair que le salarié bénéficie d'une situation avantageuse au cours de son expatriation, les ETN ayant à leur charge à supporter des coûts plus conséquents.

Aucune correspondance donc avec le coût d'un détachement où seuls peuvent être refacturés à la société d'origine les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés.

Si les ETN semblent se satisfaire « *in fine* » d'un arsenal légal hétérogène qui ne sied pas exactement à leurs modes de fonctionnement, c'est qu'elles ont mis en place des dispositifs « *sui generis* » qui parent aux principales hypothèses de mobilité. Reste qu'en toile de fond, le débat demeure néanmoins vif lorsqu'il s'agit de refondre les dispositifs légaux en particulier entre les Etats, mais également entre les organisations patronales et salariales.

« Il aura fallu plus de deux ans de négociations pour que le Conseil des ministres de l'UE et le Parlement européen accouchent de cette directive qui révisé un texte antérieur de 1996 [directive 96/71] qui paraissait pourtant intouchable. La directive 96/71 visait à garantir le respect de règles sociales minimales pour ne pas entraver la libre-prestation de services au sein de l'UE, une liberté fondamentale. L'objectif d'assurer le principe de « à travail égal, salaire égal dans un même lieu de travail » pour lutter contre le dumping social auquel le détachement est souvent associé est au cœur de cette révision qui a abouti le 28 juin dernier. ».

L'INGENIERIE JURIDIQUE DEVELOPPEE PAR LES ETN

Les ETN ont pu s'appuyer sur quelques Etats dotés d'une réglementation avantageuse. Elles ont su également adapter la circulation de leurs salariés en développant notamment des dispositifs originaux à l'échelle d'un groupe.

country. The salary also takes into account the tax rate⁵⁶ and the exchange rate, which is updated once or twice a year.

Based on this original salary and “theoretical” taxation, a “net net” salary is estimated, to which the MNE adds bonuses for international mobility before splitting the income between host and home countries.⁵⁷

Nevertheless, MNEs are faced with more complex situations, in particular when there is no bilateral tax agreement between the two countries, which means they have to find clever solutions to avoid double taxation.⁵⁸

The expatriate's salary is therefore completely individualised.⁵⁹

It is clear that the employee will benefit from an advantageous situation during the expatriation, as the MNE bears the considerable associated costs.

This is therefore quite different from the cost of a secondment where only the salary paid to the employee, the corresponding social security contributions and reimbursed professional expenses are invoiced to the original company.⁶⁰

If MNEs seem to be satisfied *in fine* with a heteroclite legal arsenal that does not perfectly suit their way of functioning, it is because they have introduced *sui generis* mechanisms that respond to the main contingencies of mobility. In the background, however, there is still a lively debate about overhauling legal systems, in particular between countries, but also between employers' associations and trade unions.

“It took more than two years of negotiations for the EU Council of Ministers and the European Parliament to produce this directive amending the previous apparently unassailable 1996 directive [Directive 96/71]. The 1996 directive sought to safeguard minimal social and labour regulations so as not to impede the freedom of service provision within the EU, considered a fundamental freedom. At the heart of the 28 June 2018 revision the goal was to uphold the principle of “equal pay for equal work in the same place” in order to combat social dumping, often associated with secondment”.⁶¹

LEGAL ENGINEERING SOLUTIONS DEVELOPED BY MNES

MNEs have made use of certain countries with advantageous regulations. They have also been able to adapt the circulation of their employees by developing original mechanisms at the group level.

The use of a global employment company located in countries where tax and labour legislation is more flexible

Differing from countries that authorise MNEs to use a local umbrella company when they do not have their own entity established in that country,⁶² some countries shape their regulations in relation to an attractive offering, especially in terms of social security and taxation.

The United Kingdom, the Republic of Ireland, the Netherlands, Singapore, the United States, UAE (Dubai), Panama, and Barbados appear on the EU list of non-cooperative countries and territories, to cite but a few examples, which have been attracting MNEs for several decades to establish a subsidiary or a global employment company (GEC) for the purpose of transnational mobility.

But it is through Switzerland that most MNEs of the CAC40 organise the expatriation of their employees to EU member states or other countries.

There are several advantages to the Swiss offering:

- Although not a member of the European Union, Switzerland endeavours to apply European regulations, particularly in the area of employee mobility.⁶³
- In addition, Switzerland has concluded 44 multilateral agreements: an extremely dense network of social security⁶⁴ and taxation agreements.

Switzerland has intelligently put in place systems allowing firms to delegate the management of social security cover to private actors, in particular with the introduction of flexible packages for pensions, life insurance and healthcare, thus ensuring the continuity of “social service”. However, this system only works if the employee remains with the firm.

Finally, Swiss regulations in the area of labour law are seen to be “pragmatic”,⁶⁵ i.e. much less restrictive than those of EU countries like France, Belgium or Spain, especially concerning the termination of an employment contract.

For all that, the country is far from being an “Eldorado”, and MNEs must prove that their GEC is not fictitiously established in Switzerland when the bulk of their economic activity takes place in another country.

Indeed, French law stipulates that

“an employer may not make use of the provisions applicable to secondment of employees when, in the country where it is established, it only exercises activities pertaining to internal management or administration”.⁶⁶

This is why it is imperative for a GEC to find a delicate balance with the local Swiss firm that advises it on all issues

Le recours à des global employment company situées dans des pays à la législation fiscale et sociale plus souple

A l’opposé des Etats qui autorisent des ETN à user de solutions de portage salarial lorsqu’elles ne possèdent pas d’entité localement, certains pays fondent leurs réglementations sur une offre attractive plus particulièrement en matière de sécurité sociale ou de fiscalité.

Le Royaume-Uni, la République d’Irlande, les Pays-Bas, Singapour, les Etats-Unis ou bien les Émirats arabes unis (Dubai), le Panama, Barbade sur la liste de l’Union européenne des États et territoires non coopératifs, pour ne citer que quelques exemples, attirent depuis plusieurs décennies des ETN pour y établir une filiale ou une global employment company (GEC) dédiée aux mobilités transnationales.

Mais c’est à partir de la Suisse que la plupart des ETN du CAC 40 organisent les expatriations de leurs salariés à destination des états membres de l’Union européenne et des états tiers.

L’offre que la Suisse a su développer repose sur plusieurs avantages :

- Bien que non membre de l’Union européenne ce pays s’attache néanmoins à appliquer la réglementation européenne en particulier celle liée au détachement.
- De plus, la Suisse propose 44 accords multilatéraux, soit un réseau extrêmement dense de conventions de sécurité sociale mais également fiscales.

La Suisse a intelligemment mis en place des systèmes permettant de déléguer à des acteurs privés la gestion de la couverture sociale, et notamment la mise en place de *packages* à la configuration très libre en matière de retraite, d’assurance vie, d’assurance maladie, garantissant ainsi une continuité de « service social ». Toutefois ce système ne fonctionne que si les salariés demeurent au sein du groupe.

Enfin la réglementation suisse en matière de droit du travail s’affiche « pragmatique », c’est-à-dire largement moins contraignante que celle des Etats de l’Union européenne comme la France, la Belgique ou l’Espagne, notamment en matière de rupture du contrat de travail.

Pour autant, ce pays est loin d’être « un Eldorado », et les ETN devront démontrer que leur GEC n’est pas fictivement établi en Suisse, alors que l’essentiel de leur activité économique est réalisé dans un autre Etat.

En effet, la loi française précise qu’

« un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsqu’il exerce, dans l’Etat dans lequel il est établi, des activités relevant uniquement de la gestion interne ou administrative ».

C’est pourquoi il est impératif pour un GEC de trouver un subtil équilibre avec le prestataire local suisse qui le

conseille sur toutes les problématiques liées à la mobilité mondiale qu'elles soient d'ordre juridique, de rémunération et d'avantages sociaux ou de ressources humaines. Un GEC peut ainsi comporter un nombre appréciable de spécialistes (jusqu'à plus de 40 personnes), chacune œuvrant dans un domaine d'expertise particulier précédemment cité.

Mais la stabilité de l'édifice doit également reposer sur la réalité du lien qui relie le salarié au GEC qui l'a recruté. En effet, rien n'empêche cet employeur d'embaucher un salarié en vue de son détachement dans un autre état membre, à condition qu'il soit, avant le début de son activité salariée, déjà soumis à la législation de l'état membre dans lequel est établi son employeur. Dans ce cas, le salarié doit pouvoir justifier au préalable, avoir été affilié pendant au moins un mois, au régime de sécurité sociale auquel il sera maintenu.

Les dispositifs originaux développés par les ETN

Comme précédemment exposé, les ETN s'accrochent aujourd'hui d'un « mille-feuille » de dispositions légales disparates, et non harmonisées, cheminant tel un brise-glace sur un terrain légal incertain, préférant parfois transiger que de s'exposer à des condamnations doublées de sanctions médiatiques.

Elles ont par conséquent fait preuve d'une étonnante adaptation d'où se dégagent quelques « pistes » intéressantes de dispositions facilement transposables. Quelques-unes d'entre elles méritent une attention particulière.

Les solutions privilégiant le pays d'origine

- *Les salariés en mobilité permanente*: un salarié en mobilité perpétuelle alternant les semaines de travail avec celles de repos, sera plus logiquement géré par le pays d'origine. Du fait de l'inexistence de structure d'accueil, ce salarié ne sera pas détaché. Si la législation locale requiert un contrat de travail pour l'obtention d'un permis de travail, des sociétés de portage proposent leur concours. Ce salarié continue d'être rémunéré par sa société d'origine. Des indemnités complémentaires sont versées également par l'entité de portage du pays d'accueil pour lui permettre de vivre localement. Le logement sera également pris en charge.

Les solutions privilégiant le pays d'accueil

- Les ETN expriment désormais le souhait de « localiser le management » et ce majoritairement pour des raisons de maîtrise des coûts et de contraintes légales. Les ETN vont ainsi privilégier le détachement ou une expatriation sur un moyen terme avant de proposer aux salariés en mobilité un contrat local, nécessairement sur la base du volontariat. Parallèlement, les ETN s'appuient sur des équipes recrutées localement présentant toutes les compétences requises et maîtrisant la langue locale. La diminution du nombre des expatriés s'accompagne d'une

relation à la mobilité globale, que ce soit dans les domaines du droit, de la rémunération et des avantages sociaux, ou des ressources humaines. Un GEC peut avoir un grand nombre d'experts (parfois plus de 40 personnes), chacun travaillant dans un domaine d'expertise mentionné ci-dessus.

But the stability of the edifice also rests on the reality of the relationship between the employee and the GEC that hired him/her. Indeed, there is nothing preventing this employer from hiring a worker with the aim of posting him/her to another member state, provided that, before the start of employment, he/she already be subject to the legislation of the member state where the employer is established.⁶⁷ In this case, the employee must be able to prove that he/she has been registered for at least a month in the social security system where he/she will be maintained.⁶⁸

Original mechanisms developed by MNEs

As described above, MNEs today are coping with a maze of disparate, non-harmonised legal provisions, treading carefully across an uncertain legal terrain, and preferring at times to come to terms with them and make compromises rather than risk legal sanctions and ensuing media condemnation.

Consequently, they have demonstrated an astonishing adaptability, and several interesting approaches have emerged whose features are easily transposable. Some of these merit closer attention.

Solutions favouring the home country

- *Constant mobility*: it makes more sense for an employee who is constantly moving back and forth,⁶⁹ i.e. who alternates weeks of work with weeks of rest, to be managed from the home country. Owing to the lack of a host structure, this employee will not be transferred.⁷⁰ If local legislation requires an employment contract in order to obtain a work permit, an umbrella company may provide a solution. The employee continues to be paid by the original company. Additional allowances are paid by the umbrella company in the host country so the employee can live locally. Housing will also be provided.

Solutions favouring the host country

- MNEs now wish to “localise management”, mainly to control costs and cope with legal constraints. They opt first for medium-term secondment or expatriation before offering mobile employees a local contract,⁷¹ strictly on a voluntary basis.⁷² In parallel, MNEs use locally recruited teams who possess all the skills required and who speak the local language. As the number of expatriates is reduced, MNEs are training locally recruited employees in their processes and culture. Thus, the population of expatriates is

gradually being reduced to a population of “experts” in technical fields.

formation des salariés recrutés localement au process et à la culture des ETN. Ainsi la population d’expatriés va progressivement se limiter à une population « d’experts », reposant sur des métiers techniques.

Combined solutions

- *Rational use of the hierarchical relationship and the functional relationship*: a matrix organisational structure rests on multidisciplinary teams from different geographic entities. The management of an employee is split between the hierarchical manager⁷³ (subordinate relationship) and the functional manager (who may belong to a different legal entity⁷⁴), who provides technical support for the employee in his/her daily work and participates in defining and evaluating objectives, without being the final decision maker. The functional manager will therefore have access to some of the employee’s personal data. The employee is ultimately quite content to see that it is indeed his/her close “functional” manager who takes part in decisions that concern him/her, rather than the hierarchical manager whom he/she rarely sees.
- *Double contract*: in a situation where there is both a managerial (hierarchical) need to supervise teams from two different entities and also to make decisions on behalf of both companies (representation vis-à-vis third parties), the manager may be asked to sign an amendment to his/her main employment contract (original contract, main place of work) naming a second employer, or they may draft two distinct employment contracts with two employers. This arrangement is reserved for executives with “assignment-based remuneration” that is not subject to legal working hours. On the other hand, contract termination is more complex.
- *“Posting” workers without geographic mobility*: the digitalisation of work enables situations where one or more employees work for a “host” company, requiring a functional management relationship, but operating from the home company, i.e. without mobility to France. In this case, an amendment to the employment contract is needed as well as a posting agreement between the two companies, stipulating the assignment, duration and invoicing terms. Of course, it is necessary that local law allow this type of “employee posting”. In this case, the “hard core” of regulatory provisions of the host country does not apply.

The participants concluded these discussions by pointing out that the “legal engineering” developed by MNEs in the area of employee mobility is not a satisfactory response to

Les solutions combinatoires

- *Utilisation rationnelle du lien hiérarchique et du lien fonctionnel* : l’organisation matricielle des structures repose sur des équipes pluridisciplinaires issues d’entités géographiques différentes. Le management du salarié fait alors l’objet d’un partage entre son manager hiérarchique lequel exerce un lien de subordination et le manager fonctionnel (qui peut être issu d’une entité juridique différente), support technique au salarié dans son travail au quotidien, participant tant à la définition de ses objectifs qu’à leur appréciation sans en être le décideur final. Il aura par conséquent accès à certaines de ses données personnelles. Le salarié *in fine* est plutôt satisfait de constater que c’est bien son manager de proximité « fonctionnel » qui participe largement aux décisions le concernant, à la différence du manager hiérarchique qu’il ne côtoie que rarement.
- *Le double-contrat* : lorsqu’une situation fait ressortir à la fois un besoin managérial (hiérarchique) envers des équipes issues de deux entités différentes, et celui de pouvoir prendre des décisions au nom et pour le compte des deux sociétés (représentation vis-à-vis des tiers), le manager peut soit signer un avenant à son contrat de travail principal (celui d’origine ou lieu principal de travail) lui conférant un second employeur, ou soit aménager deux contrats de travail distincts avec deux employeurs respectifs. Ce schéma est réservé aux cadres en « forfait de mission » non comptable de la durée légale du travail. En revanche, les modalités de rupture seront plus complexes à gérer.
- *La « mise à disposition » sans mobilité géographique* : la digitalisation du travail permet des situations où un ou plusieurs salarié(s) preste(nt) pour une société « d’accueil » avec un besoin de lien fonctionnel, mais à partir de l’entreprise d’origine, c’est-à-dire sans mobilité vers la France. Il(s) devra(ont) alors être mis à disposition et faire l’objet d’un avenant au contrat de travail, doublé d’une convention de mise à disposition entre les deux sociétés mentionnant notamment les missions, la durée et les modalités de refacturation. Encore faut-il que la loi locale autorise ce type de « mise à disposition ». Dans ce cas le « noyau dur » de dispositions réglementaires du pays d’accueil ne s’applique pas.

Les participants ont conclu ces discussions en relevant que l’ingénierie juridique développée par les ETN en matière de mobilité des salariés n’est pas une réponse

satisfaisante aux contraintes normatives qui pèsent sur les entreprises et aux injonctions paradoxales qu'elles reçoivent entre performance économique et protection des salariés.

Les participants ont fait part de leur volonté d'organiser une deuxième table ronde pour poursuivre ces discussions.

Gageons que la crise mondiale née de la pandémie mondiale de coronavirus, intervenue après la tenue de cette table ronde va substantiellement bouleverser la politique des entreprises transnationales en matière de mobilité des salariés !

the normative constraints that weigh heavily on companies and to the paradoxical injunctions they receive regarding economic performance and protection of workers.

The participants expressed their desire to organise a second round table to pursue these discussions.

The coronavirus pandemic which occurred after this round table took place, will likely provoke substantial change in the employee mobility policies of MNEs!

Notes

1. The authors would like to thank Anna Geissmann, master's student in international and European law at Nanterre University for her contribution to note-taking during these discussions. The authors would also like to thank Andrew Beresford for translating the original French article "Les entreprises transnationales et la mobilité de leurs salariés: enjeux et ingénierie juridiques" into English.

2. OECD, *International direct investment statistics 2019* (OECD Publishing, 2020). https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-international-direct-investment-statistics_2307437x [Accessed 10 June 2020].

3. The concept of multinational enterprise (MNE) is difficult to pin down, as definitions vary from one source to another and several similar terms are used: multinational enterprise, multinational corporation, transnational enterprise, etc. Nevertheless, in this discussion we will define an MNE as an enterprise that controls subsidiaries in several countries and which has production activities abroad, not only sales. For "control", we will adhere to the OECD's criterion for foreign direct investment, whereby the investor holds at least 10 per cent of ordinary shares with voting rights. *OECD Benchmark Definition of FDI* (2008), p.17 <https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf> [Accessed 10 June 2020].

4. Mainly engineering consulting firms (permanent transfer).

5. E.g. tax and customs authorities.

6. Referring to the set of methods used to motivate employees.

7. Notion referring to local law.

8. Between the expatriate employee and local staff, but also at a higher level from the CEO to the expatriate employee.

9. The first option is to suspend the contract between the employee and the original employer. Then the employee is no longer attached to the social security system in the home country.

10. Often accompanied by a promise to reinstate the employee, including seniority.

11. Note: this may be the case for employees when the expected duration of their assignment exceeds that stipulated in the social security secondment procedure. Cf. below.

12. Note: there are cases where a contract suspension is linked to a requirement that a local employment contract be concluded when a social security transfer is possible.

13. Characterised in particular by its duration and defined functions/responsibilities in the host company.

14. French labour law, art.L 1231-5.

15. Or an amendment to the initial local contract.

16. Terms and conditions for concluding and terminating an employment contract, compensation set by the local company, registration in the social security system of the country.

17. European Directive 96/71 of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, art. 1 § 3(a) and (b).

18. According to social security law, multiple employment (*pluriactivité* in France) refers to the simultaneous or alternating pursuit of salaried or self-employed activities in two or more member states of the EU, EEA or Switzerland (art.13 of EC Regulation 883/2004).

19. (1) Individual and collective freedoms in the employment relationship; (2) discrimination and employment equality between men and women; (3) maternity protection; maternity, paternity and child care leave; leave for family events; (4) employee transfer conditions and guarantees owed by enterprises to employees in temporary work; (5) exercising the right to strike; (6) working hours, rest periods, holidays, annual paid leave, working hours and night work for young workers; (7) conditions for social security contributions to unemployment insurance funds; (8) minimum wage and payment of wages, including overtime pay, as well as additional allowances or bonuses set by statute or collective agreement; (9) regulations concerning occupational health and safety, legal working age, child employment; (10) illegal work.

20. Directive (EU) 96/71 of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. Directive (EU) 2014/67 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System (IMI). OJEU, 28 May 2014. Directive (EU)

2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. Regulations EC 883/2004 and 987/2009 are amended by Regulation (EU) 465/2012 of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012.

21. French labour law, art.L.1262-1: An employer established outside France may temporarily post workers to the national territory provided that there exists an employment contract between the employer and the worker, and that their employment relation subsists during the secondment period. The secondment takes place either: (1) on behalf of the employer and under its direction within the framework of a contract concluded between this employer and the party for whom the service is intended, established or operating in France; or (2) between entities of the same enterprise or enterprises of the same group; or (3) on the employer's account without the existence of a contract between this employer and the party for whom the service is intended.

22. Particularly in labour law, social security law, immigration law, tax law, etc.

23. Being duly established in the country of origin and actually having substantial activities there other than those solely related to internal management or administration: art.L1262-3 Code du travail.

24. While European Directive 96/71/EC of 16 December 1996 stipulates in the first article that the secondment must be done "in the framework of the transnational provision of services" pursuant to a contract, mobility among enterprises of the same group, or temporary employment, the latter does not provide for secondment on the employer's own account, in contrast to French law, which adds a fourth secondment possibility: "on the employer's own account without a contract between the employer and the party for whom the service is intended": art.L 1262-1 3^o French labour law.

25. Between the original employer and the employee. The employee on secondment may not however exercise any hierarchical authority over the employees of the host company (only functional and operational supervision is possible).

26. To record the employee's agreement with the conditions of the secondment: the assignment within the host company, as well as the duration, location, salary and bonuses related to the secondment, terms and conditions for returning, complementary allowances (housing, vehicle).

27. It establishes the conditions: duration, respective responsibilities (personal data, health and safety, power of control), designation of a technical contact, cost, termination, etc.

28. Hard core of clearly defined rules: art.3, Directive 96/71/EC of 16 December 1996.

29. The functional relationship refers to the profession branch/line of work: the manager and the subordinate do not necessarily work in the same entity. The functional manager only contributes to decisions. However, he/she assigns work on a daily basis to the employee in question, who thus has two managers: hierarchical and functional.

30. The operational relationship refers to a "project" relationship.

31. Hierarchical supervisor and employee in the same legal entity. The power of control and supervision cover the following: recruitment, training decisions, setting annual objectives, regular performance reviews, determining salary increases, recording working hours and authorising overtime hours, assignment briefs and expense accounts, and of course sanctions. All of these criteria constitute evidence that may be submitted to a judge.

32. Application of Regulations (EC) 883/2004 of 29 April 2004 and that of (EC) 987/2009 of 16 September 2009, which replaced Regulations (EC) 1408/71 and 574/72, as of 1 May 2010.

33. European Directive 2018/957/EU of 28 June 2018: As of 30 July 2020, the maximum duration of application of the law of the home country, coupled with observance of the "hard core" of rights guaranteed in the host country, will be 12 months (the maximum duration may be extended to 18 months). Beyond this period, posted workers must comply with regulations relating to working conditions and employment in the host country, in addition to the "hard core" regulations.

34. art.12 of EC Regulation 883/2004.

35. In countries that have a social security agreement with France this duration varies between one and five years.

36. This may be very costly, except in host countries that require no or few social security contributions from temporarily assigned foreign employees.

37. French labour law, art.1262-1-2.

38. Organisational units that do not correspond to a legal entity. Business units whose scope extends across several countries.

39. E. Pataut, "Détachement et fraude à la loi : Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe" (2014 1 *Revue de Droit du Travail* 23-34).

40. Cf. Spanish law, arts 42 and 43 of the Workers' Statute.

41. Molex case, Cour de Cassation (chambre sociale) 2 July 2014, no.13-15.208 FS-PB.

42. French law 2005-882 of 2 August 2005, encompassing major acts of fraud against the social and economic public order.

43. French labour law, art.L8222-2.

44. French labour law, art.L8231-1.

45. French labour law, art.L8241-1.

46. Company organisation chart, business cards, email address, emails, directory, etc.

47. Expansion of sanctions, financial solidarity of the project owner and the contracting party, allowing authorities to pursue the most solvent MNEs (payroll contributions and taxes).

48. Personal criteria should not be neglected, however. If the transfer means renouncing their pension fund, for example, the employee may refuse the assignment.

49. Sometimes functional management is sufficient.
50. European Directive 2014/66/EU of 15 May 2014 on the conditions of entry and residence of third-country nationals in the framework of an intra-corporate transfer, art.12.
51. E. Pataut, *op cit*.
52. In accordance with French law 2017-399 of 27 March 2017 “concerning the due diligence of parent companies and contracting parties”, an MNE that fits the criteria must establish and implement a due diligence plan containing reasonable due diligence measures to identify risks and prevent serious transgressions of human rights and fundamental freedoms, the health and safety of persons, and the environment, resulting from its activities and those of its subsidiaries or companies it controls, either directly or indirectly, as per s.II of art.L. 233-16 of French commercial law. Via the *ordonnance* (order) of 19 July 2017 and the decree of 9 August 2017, France has transposed EU Directive 2014/95/EU concerning non-financial reporting. MNEs that fit the criteria must now make a “declaration of non-financial performance” in their annual report, including information relating to human rights.
53. Certain countries, such as Russia, Algeria, India, require a local contract that includes remuneration.
54. Family coefficient.
55. This will depend on the situation (example of social security transfer coupled with a local contract).
56. Taxation that the expatriate would have been subject to, had he/she stayed in the home country.
57. A 70/30 split, for example. To this may be added “hardship” clauses to take into account the difficulties of local living, which are evaluated by annual indexes such as that of Mercer.
58. Based on the determination of tax residency by national law, art.4B of CGI (French tax law), if the tax assessment base is global, the local tax is deducted.
59. Example of a married employee with two children: gross salary €80,000, net net salary €58,626 after deducting social security contributions and an estimated tax amount. The MNE then calculates the amount needed by the employee to live in the country (cost of living allowance). If we take the example of an employee who leaves France for Rumania, the cost of living will be much lower. Reconstituted salary: €76,000 plus local benefits.
60. art.L. 8241-1 3^o of French labour law: “A labour leasing operation is considered to be non-profit making when the lessor invoices the lessee only the wages paid to the employee during the period of leasing, the corresponding social security contributions and the professional expenses related to the assignment that are reimbursed to the person concerned.”
61. *Planet Labor*, 11 July 2018, “UE: publication au JOUE de la directive concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d’une prestation de services”.
62. The example of Kenya where expatriates are “contracted” temporarily by an umbrella company during their assignment period.
63. European Regulation (EC) 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems (OJ L 166 of 30.4.2004, p.1, corrigendum OJ L 200 of 7.6.2004, p.1) as amended by Regulation (EU) 465/2012 (OJ L 149 of 8.6.2012, p.4).
64. “Switzerland has concluded international social security agreements with 44 countries to date. The objectives of these agreements are: guaranteeing the equal treatment of citizens from the contracting States, the determination of the applicable legislation, and the payment of social security benefits abroad.” website of Swiss Federal Social Insurance Office: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/en/home.html> [Accessed 10 June 2020]. France has also concluded 44 bilateral social security agreements with non-EU countries, two of which have not come into effect.
65. Employment contract law is essentially governed by the law of obligations (CO) (art.319 ss. CO). Nevertheless employment relationships are subject to other laws: labour law (LTr), law on equality (LEg), law on employment service (LES). Collectives agreements may also establish guidelines for the freedom of contract of employers and employees.
66. French labour law, art.L1262-3.
67. European Regulation 987/2009 of 16 September 2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) 883/2004 on the coordination of social security systems, art.14 § 1.
68. Decision A2 of CACSSS of 12 June 2009 concerning the interpretation of art.12 of Regulation (EC) 883/2004 of the European Parliament and of the Council on legislation applicable to posted workers and to self-employed workers who temporarily pursue an activity outside the competent State. Point 1.
69. To supervise construction sites abroad, for example.
70. Or will only work for the account of their employer.
71. Indeed, some MNEs consider the maximum expatriation period to be five years. Beyond five years, the employee should be localised.
72. Some MNEs prefer to operate on a voluntary basis rather than necessarily matching resources with requests.
73. This hierarchical manager officially sets the objectives, evaluates them and exercises disciplinary power.
74. A secondment agreement may be useful if need be.