



Université Panthéon-Assas

MASTER 2 DROIT EUROPEEN COMPARE

Dirigé par le professeur Louis Vogel

2014-2015

L'encadrement des relations contractuelles de travail : une analyse comparative France – États-Unis

Caroline Février

Mémoire rédigé sous la direction de Madame Corinne PIZZIO-DELAPORTE

Séjour de recherche à Harvard University

Remerciements

A Madame Corinne Pizzio-Delaporte, pour avoir accepté de diriger ce mémoire et pour ses conseils avisés.

A mes parents, pour leur soutien constant.

A la promotion 2014-2015 du Master 2 européen comparé, pour cette belle année.

Table des matières

Introduction	10
Partie I. La détermination du contrat de travail au regard du droit français et du droit américain	23
Chapitre I. L'accès à l'emploi : le recrutement	24
<i>Section I. Les modes de recrutement</i>	24
Paragraphe 1. Le recrutement direct ou par intermédiaire	24
A) Le recrutement direct	24
B) Le recrutement intermédiaire	25
Paragraphe 2. Les opérations de recrutement	26
A) La vérification des antécédents judiciaires du candidat à l'emploi	26
B) La limitation du domaine de la recherche d'informations concernant le candidat à l'emploi	28
<i>Section 2. Les limites à la liberté d'embaucher</i>	29
Paragraphe 1. Limitations légales à la liberté d'embauche	30
A) La protection des libertés : la prohibition de la discrimination à l'embauche	30
B) Le travailleur étranger	34
Paragraphe 2. Limitations conventionnelles à la liberté d'embauche	35
A) Les clauses de non-concurrence	35
B) Les clauses de non-sollicitation de clientèle	37
Chapitre 2. La conclusion du contrat de travail à durée indéterminée	38
<i>Section I. La qualification de contrat de travail</i>	38
Paragraphe 1. La notion de contrat de travail	38
A) Conditions de forme	38
B) Conditions de fond	40

Paragraphe 2. La doctrine de l'emploi at-will	44
A) Règle générale	44
B) Exceptions au principe de l'employment at-will	46
<i>Section 2. Lien de subordination et pouvoir unilatéral de l'employeur</i>	49
Paragraphe 1. La subordination juridique : effet caractéristique du contrat de travail	49
A) L'état de subordination : critère du contrat de travail ?	49
B) La preuve de l'état de subordination	50
Paragraphe 2. Pouvoir de l'employeur et contrat de travail	53
A) Le pouvoir issu du contrat : la théorie contractuelle du pouvoir	53
B) Le pouvoir de direction de l'employeur	54
Chapitre 3. L'exécution du contrat de travail	57
<i>Section 1. Droits et obligations contractuelles à la charge de l'employeur et du salarié</i>	57
Paragraphe 1. Les obligations des parties au contrat de travail	57
A) Obligations à la charge de l'employeur	57
B) Obligations à la charge du salarié	59
Paragraphe 2. Les droits des parties au contrat de travail	62
A) Les droits de l'employeur	62
B) Les droits du salarié	64
<i>Section 2. Les conditions de travail</i>	66
Paragraphe 1. Le temps de travail	66
A) Notions de temps de travail	67
B) Les normes de durée du travail	68
Paragraphe 2. La rémunération du travail	70
A) Salaire et contrat de travail	70

B) Egalité de traitement des salariés	72
Partie II : L'analyse comparative à l'occasion de la rupture du contrat de travail	75
Chapitre 1. La rupture de la relation de travail ou le nécessaire encadrement de l'expression de la liberté des parties	76
<i>Section 1. Les modes de rupture autres que le licenciement pour motif personnel</i>	76
Paragraphe 1. Les modes de rupture de la relation de travail alternatifs au licenciement	76
A) La démission	76
B) La rupture du contrat de travail d'un commun accord	78
Paragraphe 2. Le licenciement économique individuel	79
A) Définition du licenciement économique	80
B) Règles de procédure	80
<i>Section 2. La rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur : le licenciement</i>	82
Paragraphe 1. Le droit commun du licenciement	82
A) La procédure de licenciement en France	82
B) La procédure de licenciement aux Etats-Unis	83
Paragraphe 2. Les licenciements prohibés	86
A) Les limites au pouvoir de licencier discrétionnairement en droit américain	86
B) La détermination des licenciements interdits en France	89
Chapitre 2. Les conséquences de la mise en œuvre de la rupture de la relation de travail	92
<i>Section 1. Les effets de la rupture du contrat de travail</i>	92
Paragraphe 1. Les conséquences du licenciement légitime	92
A) En France	92
B) Aux Etats-Unis	93
Paragraphe 2. Les conséquences du licenciement illégitime et sans cause réelle et sérieuse	93
A) La réintégration	94

B) L'octroi d'une indemnité	94
<i>Section 2. Les procédures de contestation</i>	96
Paragraphe 1 : Les contestations judiciaires	96
A) Le conseil de prud'hommes en France : une juridiction spécialisée dans le contentieux du travail	96
B) Le contentieux du travail aux Etats-Unis : l'expression de la liberté des parties dans le choix de la juridiction	98
Paragraphe 2. La prévention des poursuites : alternatives au contentieux judiciaire	99
A) Les mécanismes transactionnels	100
B) L'organisation d'une procédure privée de règlement des conflits : l'arbitrage	101
Conclusion	103
Bibliographie	105

Abréviations françaises

Art.	Article
Ass. Plén.	Cour de Cassation, assemblée plénière
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Coll.	Collection
C. Trav	Code du travail
DARES	Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques
Dr. Soc.	Droit social
Ed.	Edition
Ibid	Ibidem (au même endroit)
Infra	Ci-dessous
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
JO	Journal officiel
OIT	Organisation Internationale du Travail
p.	Page
SHBO	Salaire horaire de base ouvrier
Supra	Ci-dessus

URSSAF Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et
d'allocations familiales

v. Voir

Abréviations américaines

Ann.	Annotated
Ariz. Rev. Stat.	Arizona revised statutes
Ark.	Arkansas
Cal.	California
Cal. ; Cal. 2d ; Cal. 3d ; Cal. 4th	California reports
Cal. app. ; Cal. app. 2d ; Cal. app. 3d ; Cal. app 4th	California appellate reports
Cal. Bus & Prof.	California Business & Professionnal (code)
Cal. Lab. Code	California labor code
C.F.R.	Code of Federal Regulations
Cir.	Circuit court of appeals (federal)
C. J. S	Corpus Juris Secundum
Co.	Company
Cong.	Congress
Cong. Rec.	Congressional record
Conn.	Connecticut
Corp.	Corporation
Ct.	Court
Dept.	Department
D.N.J.	District of New Jersey
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission

FLSA	Fair Labor Standards Act
H.R. Rep.	House (of representatives) Report
Inc.	Incorporated
Mass.	Massachusetts
Minn.	Minnesota
Mo. app.	Missouri appeals reports
N.D.	North Dakota
N.E. ; N.E.2d.	Northeastern reporter
N.D Cal.	Northern district of California, United States district court
NLRA	National labor relations act
NLRB	National labor relations board
N.W.2d	Northwestern reporter
Or. App.	Oregon reports, Court of appeals
OSHA	Occupational Safety and Health Act
S.C.	South Carolina
S. Rep.	Senate report
Sup. Ct.	Superior Court
S.W. ; S.W. 2d.	Southwestern reporter
Tenn.	Tennessee
U.S.C.	United States Code
U. Pa. J. Lab. & Emp. L.	University of Pennsylvania, journal of labor & employment law
U.S.	United States (United States reports) ou Supreme Court (federal)
Va.	Virginia
WARN	Worker Adjustment and Retraining Notification Act
Wyo.	Wyoming

INTRODUCTION

" Le travail ne peut être une loi sans être un droit" - Victor Hugo

L'étude des relations individuelles de travail a ceci d'intéressant que celles-ci constituent un thème quasi universel¹. Le travail constitue en effet le lot de la condition humaine, tout autant obligation² que valeur structurante.

Bien que l'analyse comparative des relations individuelles de travail en France et aux Etats-Unis ne soit pas dénuée d'obstacles, en particulier ceux liés à la compréhension et à la transposition de notions issues d'un système de common law, elle s'avère essentielle pour une meilleure compréhension du droit français. De la comparaison naît en effet la critique, source d'initiatives, d'évolutions et de perfectionnements.

L'importance de l'analyse comparée, qui apporte au juriste la lumière d'un regard extérieur, est renforcée par le caractère quelque peu hermétique du droit du travail, affecté d'un certain "complexe national" qui le pousse à résister aux influences des techniques juridiques étrangères. Si la comparaison des législations sociales de la France et des Etats-Unis n'est pas une tâche aisée, les deux pays appartenant à deux familles de droit différentes³, elle apparaît nécessaire dans un monde où l'interpénétration des droits se systématisent.

L'internationalisation des échanges place désormais le droit du travail dans une perspective mondiale, au sein de laquelle le droit américain tient un rôle prépondérant en raison du poids économique du pays⁴. La mondialisation exige alors du juriste et du législateur la connaissance des différents modèles juridiques susceptibles d'exercer une influence par-delà leurs frontières.

Notion préliminaire : Le travail humain - Etymologiquement, le mot "travail" est attaché à l'idée de souffrance. Cette connotation négative est présente dans le mot latin *tripalium* dont il est issu, qui désignait initialement un instrument de torture avant de devenir "*une machine servant à pratiquer des opérations chirurgicales*"⁵. Le travail, en tant qu'accomplissement des tâches les plus dures et les plus ingrates, était autrefois l'apanage des esclaves. Longtemps, du Moyen-Age au début du XXème siècle, il est resté un signe évident de servitude. Le terme a depuis changé de

¹ Au 31 décembre 2013, la France comptait un total de 23 821 100 salariés sur une population active de 28 566 000 personnes (source : *Insee*).

² Le Préambule de la Constitution de 1946 rappelle ainsi que "*Chacun a le devoir de travailler*".

³ La France fait ainsi partie de la famille de droit romano-germanique, tandis que les Etats-Unis font partie de la famille de common law. Sur ce point voir René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, éd. Précis, 2002, 11e éd., p.15s.

⁴ Les Etats-Unis sont en 2015 la deuxième économie mondiale derrière la Chine, avec une économie de 17 400 milliards de dollars en PPA (parité de pouvoir d'achat).

⁵ Littré.

sens, revêtant plusieurs significations à la fois. Ainsi, sont désormais couvertes par un même vocable les activités créatrices et destructrices⁶, celles qui permettent à l'individu de s'accomplir, de s'épanouir, et celles qui l'avilissent⁷.

Le travail s'entend aujourd'hui comme l'activité rémunérée qui permet la production de biens et de services. Il embrasse désormais l'idée "d'oeuvre, d'accomplissement de la personne"⁸.

Le salariat s'est peu à peu imposé comme le modèle dominant, le creuset de l'immense majorité des activités professionnelles. La relation de travail repose sur un contrat de travail qui "*reste le grand référent juridique*"⁹, bien que dans certains pays ce dernier joue un rôle mineur. C'est justement le cas aux Etats-Unis, où le modèle universel du salariat s'est imposé sans que le contrat de travail n'en devienne le support fondamental.

A partir de la fin du XVIIIème siècle et de la naissance du capitalisme industriel, le salariat s'est graduellement imposé comme le principal mode d'organisation du travail. Synonyme dans son acception idéale d'identité, de socialisation, de réalisation de soi, le travail peut être de manière simultanée un synonyme de soumission, de stress, d'usure physique et morale. Quelle que soit la définition qu'on lui accorde, il est aujourd'hui le fondement de l'ordre social. Autrefois pourvu d'une forte connotation négative, le travail s'est donc progressivement imposé comme une condition d'épanouissement individuel, un instrument de réalisation sociale, voire de transcendance. L'individu privé de travail se voit ainsi souvent exclu, mis au ban de la société.

Le domaine du droit du travail - Le droit du travail régit les rapports collectifs et individuels résultant d'un contrat de travail. Il a donc pour objet le travail subordonné, c'est à dire celui qui s'exécute sous le pouvoir d'autrui. C'est un droit du pouvoir : ce caractère le conduit à être assimilé à une branche du droit public aux Etats-Unis, lorsqu'il est en France une branche du droit social, lui-même branche du droit privé.

Le droit du travail est une branche du droit complexe, aux implications sociétales majeures puisqu'elle a vocation à s'appliquer à la plus grande partie de la population active de la société et qu'elle pèse de plus en plus lourd par son contenu sur les choix stratégiques des acteurs économiques à l'échelle nationale et internationale.

Le droit du travail ne concerne pas, en principe, les travailleurs indépendants (commerçants, artisans, professions libérales) : ils sont en effet non soumis à l'autorité d'un quelconque employeur. Le travail des détenus, pourtant soumis à un lien de subordination juridique, est exclu du champ du contrat de travail français¹⁰.

La dépendance économique du travailleur suffit pour placer celui-ci sous la domination de son employeur : c'est en réaction à ce pouvoir de fait que le droit du travail s'est construit.

En France, ce rapport de force a été reconnu, légitimé et encadré par le droit. Il en est résulté un pouvoir juridique, habituellement désigné sous le nom de *pouvoir de direction de l'employeur*.

Il se traduit par la faculté pour l'employeur, dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, de fixer et modifier certaines des conditions d'exécution.

⁶ "Travail : Activité de l'homme appliquée à la production, à la création, à l'entretien de quelque chose" (Larousse).

⁷ Dans une autre acception : Travail : "Activité laborieuse de l'homme considérée comme un facteur essentiel de la production et de l'activité économique" ; "Toute occupation, toute activité considérée comme une charge" (Larousse).

⁸ Alain SUPLOT, Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe, Rapport pour la commission des communautés européennes, 1992, p.2, n°3.

⁹ J-M BERAUD, Rencontres de la chambre sociale 2012.

¹⁰ v. Cass. Soc., 20 mars 2013, QPC, n°12-40104 et 12-40105.

Ce pouvoir de direction qui se double d'un pouvoir disciplinaire et d'un pouvoir normatif caractérise une exception forte au principe d'égalité civile et fait ressortir l'ambivalence du droit du travail français, à la fois protecteur des intérêts des salariés mais aussi droit fondateur de prérogatives exorbitantes du droit commun au profit d'une puissance privée, qu'il encadre juridiquement après en avoir reconnu la légitimité¹¹. Ce caractère ambivalent se retrouve dans une moindre mesure aux Etats-Unis, où les lois fédérales s'évertuent à assurer aux salariés un socle minimal de droits, notamment en matière de discrimination et de salaire minimum, tout en consacrant une flexibilité quasi-totale du droit du travail, laissant à l'employeur le champ libre en matière d'embauche et de licenciement¹².

A côté de ce caractère ambivalent du droit du travail, d'autres caractères peuvent être cités qui illustrent tout la complexité de cette branche du droit. En France, il faut souligner tout d'abord le caractère statutaire du droit du travail, puisque les parties à la relation de travail adhèrent à un statut impérativement déterminé par la loi ou la convention collective. Aux Etats-Unis, il semble à première vue que le salarié soit davantage engagé dans une relation statutaire que contractuelle. Il est d'ailleurs fréquent que la relation de travail se noue sans jamais avoir matériellement recours au contrat, les dispositions légales contrôlant en partie la relation. Cependant, il est incontestable que la relation de travail américaine repose sur le contrat. La définition du contrat de travail en droit américain reflète cette approche pragmatique : le contrat de travail est en effet "*l'accord ou le contrat entre l'employeur et un salarié par lequel les termes et conditions d'emploi sont définis*".

Le droit du travail présente ensuite un caractère diversifié : en effet, ses règles se différencient selon les professions, la taille de l'entreprise, les catégories professionnelles et la place occupée dans la hiérarchie par les salariés. Cela est particulièrement vrai en France, où cette diversification génère souvent des problèmes de cohérence dans l'application du droit. Ainsi, le salarié d'une très petite entreprise (TPE)¹³ ne vivra pas le même droit du travail que celui appartenant à une entreprise de plus de cinquante salariés, différence justifiée notamment par un fort recours à la technique des seuils d'effectifs de la part du législateur français. Aux Etats-Unis, on retrouve cette fragmentation du droit du travail et ce recours aux seuils : ainsi, en dessous du seuil de quinze salariés, le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 contre la discrimination et le harcèlement sexuel ne s'applique pas. D'une manière générale, le législateur américain dispense les entreprises de moins de quinze salariés de l'application du dispositif légal.

En France, le droit du travail est par tradition d'origine étatique, relié au pouvoir exécutif par l'importance des projets de loi et des textes réglementaires. Il est la traduction du modèle de l'Etat-providence¹⁴, qui intervient pour rééquilibrer les rapports contractuels entre la partie considérée comme forte, l'employeur, et la partie considérée comme faible, le salarié. C'est donc un droit dont la finalité est la protection des travailleurs, qui s'est développé avec un certain interventionnisme législatif. Tant et si bien que certains auteurs ont pu dire que "*le droit du travail a englouti le contrat*"¹⁵ : en effet, le droit du travail français est dominé par le rôle de la puissance

¹¹ Selon M. DAVID (*Les travailleurs et le sens de leur histoire*, Cujas, 1967), la constitution du droit du travail "légalise le pouvoir de l'employeur en le soumettant à certaines limitations".

¹² Cette liberté résulte de la doctrine de *l'employment at will* (v. infra).

¹³ En droit français, entreprise comptant moins de dix salariés.

¹⁴ Expression désignant, au sens large, l'ensemble des interventions économiques et sociales de l'Etat. Elle fut forgée en 1864 par Emile Ollivier, député républicain et grand opposant libéral de l'Empire.

¹⁵ Antoine LYON-CAEN, *Actualité du contrat de travail*, Dr. Soc. 1988, p.540.

publique, laquelle encadre strictement une liberté contractuelle jugée inégalitaire. Les dispositions légales régissent alors les relations de travail, laissant peu de place à la liberté contractuelle des parties.

Le droit du travail français est contenu pour sa majeure partie dans le Code du travail¹⁶ qui recense l'ensemble des dispositions¹⁷ constituant la réglementation du travail. Il ne régit pas cependant tous les aspects des relations entre employeurs et salariés qui demeurent soumises par certains aspects non seulement au droit civil, mais aussi au droit constitutionnel, au droit commercial et au droit pénal.¹⁸ La sphère législative et nationale du droit du travail est également concurrencée par l'influence croissante des règles supra-étatiques européennes et internationales, provenant notamment des conventions de l'Organisation internationale du travail, de la Charte sociale européenne de 1961 et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000.

Selon la répartition des compétences opérée par l'article 34 de la Constitution de 1958, la loi détermine seulement "*les principes fondamentaux [...] du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale*". Hors de cette matière, c'est au Gouvernement qu'il appartient de légiférer par "*décrets pris après avis du Conseil d'Etat*"¹⁹ et d'adopter des dispositions complétant celles des lois ou ordonnances.

Mais nous ne saurions ignorer le rôle de la jurisprudence dans la formation du droit du travail. En effet, "*en France, on dit parfois que la caractéristique du droit du travail est qu'il est prétorien*"²⁰.

Même si la France fait partie des pays de *civil law*²¹, dans lesquels la jurisprudence se défend de créer des règles de droit, il convient de souligner que la jurisprudence sociale contribue pour une part essentielle à l'évolution d'un droit marqué par le contentieux. La chambre sociale de la Cour de cassation, qui centralise logiquement l'apport jurisprudentiel en droit du travail, a ainsi dégagé un nombre non négligeable de principes : principe de faveur, d'équivalence, de proportionnalité, à travail égal salaire égal, d'égalité de traitement²²... La Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) de Strasbourg et le Conseil Constitutionnel, fréquemment appelé à se prononcer *a priori* sur la constitutionnalité des lois sociales, développent également, de façon certes moins évidente, une jurisprudence sociale.

A côté de la loi, toujours plus abondante, toujours plus imposante²³, la jurisprudence occupe donc une place discrète mais bien réelle. Elle apporte par son dynamisme et son ancrage dans le réel un nécessaire complément aux textes de loi, parfois rigides et de mauvaise facture.

Dans un souci de clarté, et afin de ne pas nous éloigner du sujet de notre étude, nous n'aborderons pas la question des sources professionnelles²⁴ du droit du travail français.

¹⁶ Promulgué en 1910, le premier Code du travail, intitulé "*Code du travail et de la prévoyance sociale*" fut remplacé par un nouveau code en 1973, lui-même supplanté par une nouvelle codification entrée en vigueur le 1er mai 2008 à l'occasion de la Fête du travail.

¹⁷ Lois, règlements et décrets.

¹⁸ Le délit d'imposition de conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine (C.pén., art.225-14) peut ainsi être constitué en cas d'esclavage domestique, comme dans une "entreprise normale" (*Cass. Crim.4 mars 2003*), et l'exploitation de stagiaires constitue un délit au titre de l'article 225-13 du Code pénal (*Cass. Crim.3déc.2002*).

¹⁹ Article 37 de la Constitution de 1958.

²⁰ Lord WEDDERBURN.

²¹ Système juridique appelé aussi droit romano-germanique ou droit continental, puisant ses origines dans le droit romain et caractérisé notamment par la prééminence du droit écrit et la suprématie de la loi considérée comme source principale du droit.

²² Les principes dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, dir. B. TEYSSIE, coll. Actes, éd. Dalloz, 2008.

²³ Le Conseil d'Etat parle ainsi de "*logorrhée législative et réglementaire*"; de même, le professeur Antoine Mazeaud n'hésite pas à qualifier le Code du travail de "*code obèse*".

Aux Etats-Unis, une distinction fondamentale doit être faite entre le droit fédéral et le droit des Etats. Ainsi, il n'existe pas de common law fédérale²⁵. Le principe est la compétence législative des Etats, tandis que la compétence des autorités fédérales est l'exception. Le Xe amendement à la Constitution des Etats-Unis de 1791 précise ainsi : "*Les pouvoirs que la Constitution ne délègue pas aux Etats-Unis, et qu'elle n'interdit pas aux Etats d'exercer, sont réservés à chacun des Etats respectivement, ou au peuple*".

Le cadre juridique entourant la relation de travail est donc complexe de par la structure du droit et la diversité des sources légales (fédérales, étatiques et jurisprudentielles).

Les textes fédéraux²⁶ posent les grands principes applicables aux relations de travail. Applicables sur tout le territoire américain, ces grands principes garantissent aux salariés une protection minimale que tout employeur est tenu d'assurer. Ces textes laissent cependant aux Etats une grande latitude dans la mise en place de législations étatiques plus favorables aux salariés, chaque Etat disposant de règles propres en matière de discrimination, de licenciement, de salaire, de temps de travail, de fiscalité et cotisations sociales.

Par contraste avec la France, il n'existe pas de Code du travail aux Etats-Unis mais des lois éparses (*statute law*), regroupées dans un *United States Code*²⁷. Il convient de ne pas se laisser induire en erreur par cette appellation, car cette compilation n'est pas un code au sens français du mot. Son objet n'est en effet que de classer les seules lois américaines en vigueur, à l'exclusion de la common law. Le droit américain est en effet conçu essentiellement comme un droit jurisprudentiel, fondé non pas sur les commandements d'un pouvoir législatif, mais sur les précédents. Les lois et règlements ne sont considérés que comme des compléments ou rectificatifs à un corps de droit qui leur préexiste, le système de la common law²⁸.

Le droit du travail américain a trois sources : le droit fédéral, le droit des Etats et la jurisprudence. Il est également gouverné par les règlements et décisions des *administrative agencies*²⁹. Les états ne peuvent légiférer en violation des règles établies par le droit fédéral ; ils doivent également respecter les règlements établis par les *agencies* créées par la loi fédérale ou par la Constitution américaine. Par contraste, le système juridique français correspond à celui d'un Etat unitaire qui comporte un centre unique d'impulsion politique auquel sont soumis uniformément sur le territoire tous les individus, toutes les entreprises, ainsi que toutes les institutions administratives. A un droit du travail français unifié et codifié, dont la loi constitue l'unique source officielle³⁰, s'oppose donc un droit du travail américain indéniablement moins lisible pour le juriste européen par son absence d'unification, sa double structure fédérale et étatique et sa pluralité de sources.

En France, le Code du travail oppose les relations individuelles³¹ dans sa première partie aux relations collectives³² dans sa deuxième partie. De même, le droit américain opère une distinction

²⁴ Il s'agit des conventions et des accords collectifs, des usages et des normes patronales.

²⁵ Ce principe fut posé en 1938 par l'arrêt de la Cour Suprême *Erie Railroad Co. v. Tompkins*.

²⁶ v. *infra*, "Rappel historique".

²⁷ Adopté pour la première fois en 1874, ce code ne regroupe que les lois fédérales à caractère général et permanent, qui s'appliquent sur l'ensemble du territoire américain.

²⁸ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, coll. Précis, 11e éd., 2002.

²⁹ "*An official governmental body empowered with the authority to direct and supervise the implementation of particular legislative acts*" Alfred AMAN Jr. & William T. MAYTON, Administrative Law., 2d éd., éd. St. Paul, West Group, 2001.

³⁰ On ne saurait, toutefois, ignorer le rôle de la jurisprudence dans l'établissement du droit du travail français.

³¹ Relations entre l'employeur de droit privé et le salarié reposant sur un contrat de travail et encadrées par un statut légal et conventionnel (durée du travail, salaires, congés payés...) qui régit l'essentiel de la vie professionnelle.

entre le *labor law*, qui correspond au droit des relations collectives de travail en droit français et l'*employment law* qui correspond au droit des relations individuelles de travail. On notera toutefois que la plupart des ouvrages généraux consacrés au droit du travail limitent leur étude aux relations collectives. Cet état de fait s'explique par la prédominance aux Etats-Unis de la théorie de l'emploi discrétionnaire ou *employment at will*, laquelle laisse une place prépondérante à la liberté contractuelle des parties.

Les relations contractuelles de travail - En France comme aux Etats-Unis, le contrat de travail complète et aménage les lois et individualise le rapport de travail. Cette individualisation peut être le fait de clauses avantageuses pour le salarié (prime, clause de garantie d'emploi...) ou de clauses qui lui imposent de nouvelles sujétions (clause de mobilité, clause d'arbitrage, clause de non-concurrence...). Les juristes français en déduisent volontiers le caractère contractuel de la relation de travail. Il en va de même pour leurs homologues américains³³. Pourtant, le droit du travail américain comporte bien des ambiguïtés. Ainsi, la jurisprudence a maintes fois affirmé qu'à défaut d'accord exprès, aucun contrat ne lie l'employeur au salarié³⁴. Nombreux sont encore les juges et les auteurs à subordonner l'existence concrète du contrat de travail à sa matérialité. Le formalisme garantirait alors l'existence du contrat. Certains ignorent la controverse en affirmant qu'il ne s'agit pas de s'interroger sur l'existence du contrat de travail, mais sur son contenu³⁵. La législation américaine n'impose aucun écrit lors de la conclusion du contrat de travail. Le principe du consensualisme, qui permet la conclusion du contrat par la seule rencontre des volontés, prévaut en effet dans les pays de Common law. De manière plus surprenante, le principe est identique en France à l'exception de quelques catégories de salariés³⁶. En effet, selon l'article L 1221-1 du Code du travail, « *Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ». Dans cette hypothèse, l'écrit n'est nécessaire qu'à titre de preuve afin de confirmer ou non l'existence d'un contrat de travail. En pratique, le recours à un écrit s'avère toutefois quasi-systématique, afin notamment de lutter contre toutes les formes de travail dissimulé.

Le droit du travail français est une construction idéologique qui tranche avec l'empirisme américain³⁷. Le programme politique des chefs d'Etat américains, même démocrates, profite peu à la défense des intérêts des travailleurs, et les évolutions de la législation sociale fédérale se font rares. Dans la conception américaine en effet, l'autorité publique doit se maintenir hors de l'entreprise sauf pour lutter contre les discriminations. Le législateur américain a fait sienne la

³² [...] "Règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales" (article L 2221-1 du Code du travail).

³³ Voir par exemple *Cox v. Resilient Flooring Div. of Congoleum Corp.*, 638 F. Supp. 726, p.737 (C.D Cal. 1986) : en Californie, la relation de travail a traditionnellement été considérée comme strictement contractuelle ; *Ariz. Rev. Stat. Ann. §23-1501* : la relation de travail est de nature contractuelle.

³⁴ Voir par exemple *Adcock v. Newtec, Inc., Mo. App., 1996*, qui oppose relation de travail at will (v. infra) et relation contractuelle ; *Crane, Russak & Company, Inc., New York, 1972* : excepté pour quelques catégories particulières de salariés, le contrat de travail individuel n'existe pas aux Etats-Unis.

³⁵ *Schneider v. TRW, Inc., 938 F.2d 986, p.998 note n°5 (9th Cir. 1991)* (O'Scannlain, J., dissenting) : "la question n'est pas de savoir si la salariée a un contrat de travail, sans aucun doute, elle en a un. Même une relation "at will" est contractuelle. La question est de savoir si elle bénéficie d'une promesse modifiant les conditions dans lesquelles elle peut être licenciée".

³⁶ L'écrit est notamment obligatoire pour les salariés embauchés sous contrat à durée déterminée, art. L 122-3-1 C.Trav. ; pour les salariés mis à disposition par une entreprise de travail temporaire, art. L 124-4 C.Trav. ; pour les salariés embauchés à temps partiel, art. L 212-4-3 C.Trav.

³⁷ Estelle COURTOIS-CHAMPENOIS, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise*, éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

pensée de Thomas Jefferson selon lequel "le gouvernement le meilleur est celui qui gouverne le moins".

Le droit américain du travail est souvent considéré comme un droit de l'entreprise, lié à l'employeur dont les intérêts sont souvent confondus avec ceux de l'entreprise. Reflet de la conception libérale américaine, la législation sociale fait abstraction du caractère inégalitaire de la relation employeur/salarié. Dans tous les états excepté le Montana, l'emploi est présumé être "at-will"³⁸ à moins que l'un des termes exprès ou implicite du contrat n'en dispose autrement. Cette présomption est une *default rule*, une règle par défaut qui peut être librement modifiée par les termes du contrat. Ainsi, l'employeur est libre d'insérer dans le contrat de travail une clause appelée *just cause*³⁹ aux termes de laquelle il ne peut être mis fin au contrat de travail qu'en raison d'un "comportement directement imputable au salarié qui porterait préjudice à l'employeur"⁴⁰. Un autre symbole du "laissez-faire" américain en matière de relations individuelles de travail se trouve dans le droit du licenciement. Alors que le droit français est marqué par des règles formelles particulièrement développées concernant les procédures de licenciement, le droit américain se caractérise par la quasi-absence de législation en matière de licenciement, domaine laissé à la libre volonté des parties. L'absence aux Etats-Unis de juridiction spécialisée compétente pour trancher les litiges individuels entre employeurs et salariés⁴¹, s'oppose également à l'existence en droit français d'une juridiction compétente pour régler les "différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail"⁴², le Conseil de Prud'hommes.

Les Etats-Unis et la France sont donc deux démocraties d'économie libérale où la place occupée par le social est singulièrement différente⁴³. Le système américain s'oppose au système français : à la dictature de l'économie aux Etats-Unis répond la dictature de la loi en France. En France, l'intervention du législateur a permis l'émergence d'un riche régime légal de la relation d'emploi, qui se préoccupe principalement des intérêts des salariés. Cette volonté de protection de la partie faible est une parfaite illustration de la pensée de Jean-Baptiste-Henri Lacordaire⁴⁴ : [...] "entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit". Par contraste, le droit du travail américain est un droit extrêmement libéral qui place en son centre l'autonomie de la volonté des parties et la liberté individuelle. Sa finalité étant essentiellement économique, l'intervention des pouvoirs publics reste modérée. C'est que le travailleur américain n'appelle pas la puissance publique à lui venir en aide : par son travail et sa détermination, il espère gravir seul les échelons de la réussite sociale.

³⁸ Théorie de l'emploi discrétionnaire qui assure à l'employeur comme au salarié la possibilité de rompre le contrat de travail de manière unilatérale, sans préavis ni justification.

³⁹ "Just-cause means a real cause for dismissal as distinguished from an arbitrary whim ; it is what a reasonable employer, acting in good faith in similar circumstances, would consider a good and sufficient reason for termination" ('Lectric Law Library, 2001).

⁴⁰ Atkinson, 2001.

⁴¹ La solution américaine consiste à maintenir une compétence éclatée des juridictions en matière de droit du travail, et à favoriser le recours à l'arbitrage.

⁴² Article L1411-1 du Code du travail.

⁴³ Estelle COURTOIS-CHAMPENOIS, Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

⁴⁴ Journaliste et homme politique français du 19ème siècle.

Rappel historique - Il apparaît impossible d'entreprendre une étude sur le droit des relations contractuelles de travail, ses fondements, ses enjeux, sans esquisser un bref historique de l'évolution du droit du travail. Le point de départ choisi pour cette chronologie sommaire - eu égard à l'envergure de l'histoire du droit du travail - est la fin du XVIII^e siècle.

Le travail a toujours existé, sous diverses formes. Mais si l'approche est ancienne, la création d'un véritable droit du travail qui viendrait structurer les rapports entre employeurs et travailleurs est relativement récente.

En France, la prise en considération d'un rapport salarié par le droit ne fait véritablement son apparition qu'après la Révolution de 1789, lors des premiers développements du capitalisme. Après l'abolition du régime corporatif⁴⁵ et l'interdiction des groupements intermédiaires tels que les corporations⁴⁶, s'affirment l'individualisme juridique et la liberté contractuelle, qui placent le louage de services au premier plan de l'organisation juridique des entreprises. Le concept de contrat de travail, cependant, est totalement ignoré du droit. Le travail humain est ramené à son aspect purement économique de facteur de production. La rémunération de la force de travail s'effectue à l'issue d'une négociation contractuelle le plus souvent déséquilibrée au détriment de la partie dite faible.

Sous la II^e République, le droit du travail s'affirme pour la première fois tandis que l'action collective est reconnue au travers des coalitions (grèves) et du droit d'association. Les conditions dans lesquelles se trouve placée la main-d'oeuvre restent cependant difficiles, et il faut attendre l'avènement de l'empire libéral pour que les aspects les plus répressifs de l'organisation du travail salarié disparaissent, avec notamment la suppression du livret ouvrier. On assiste en 1864 à la suppression du délit de coalition qui réprimait toute forme de grève, puis, un peu plus tard, à la promulgation de la première loi relative au travail des femmes et des enfants, accompagnée de la mise en place d'un corps administratif de contrôle qui préfigure l'inspection du travail telle qu'on la connaît aujourd'hui.

Après la création d'un Ministère du travail en 1906, un premier code du travail est promulgué en 1910 qui porte sur les conventions relatives au travail. La formation du droit du travail s'accélère sous la III^e République et se concrétise après la Première Guerre Mondiale, avec en 1919 des textes sur la durée du travail (huit heures par jour) et la conclusion de conventions collectives.

A partir de 1936 et du Front populaire, le droit du travail ajoute à sa dimension protectrice une dimension organisée de la vie professionnelle. De 1936 à 1939 sont promulguées des lois relatives à la durée hebdomadaire de travail⁴⁷, aux congés payés et à la négociation collective.

Dans les années 1970, on assiste à un processus de réforme législative. Plusieurs lois vont encadrer de manière nouvelle les conditions de travail et de rémunération : plusieurs lois vont être promulguées, sur la prévention des accidents du travail (27 décembre 1976), la mensualisation du salaire (19 janvier 1978), la réformation de la justice du travail (18 janvier 1979). Enfin, un nouveau Code du travail est promulgué par la loi du 22 janvier 1973.

L'emploi n'a pas cessé de faire partie des préoccupations du législateur, jusqu'à l'avènement d'un véritable droit de l'emploi qui s'est imposé comme une branche du droit du travail. La relation de

⁴⁵ Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

⁴⁶ Loi le Chapelier des 14 et 17 juin 1791.

⁴⁷ Le 7 juin 1936 sont signés les accords entre le président du Conseil, Léon Blum, la Confédération générale du patronat français (CGPF) et la Confédération générale du travail (CGT) qui prévoient notamment l'instauration de la semaine de quarante heures (contre quarante-huit auparavant) et l'octroi de 15 jours de congés payés, une avancée sociale considérée comme majeure.

travail a également changé de nature : du salarié soumis à la discipline de l'entreprise, dépourvu de libre-arbitre et d'autonomie, on passe progressivement à un autre modèle selon lequel il est demandé plus d'engagement personnel, avec pour contrepartie plus de liberté, d'initiative, et la promesse, illusoire ou non, de trouver dans le travail un épanouissement personnel.

Aux Etats-Unis, l'ancienne conception des relations individuelles de travail porte le nom de *master and servant*⁴⁸. Elle est directement héritée du droit anglais. Au XVIIIème siècle, le travail non-libre est la norme. Analysés comme une forme de propriété du maître sur les services des travailleurs, les pouvoirs de l'employeur sont étendus à tous les aspects de la vie de l'individu. La distinction entre sphère privée et sphère professionnelle est inconnue, le travailleur met toute sa personne au service du maître. Il faut attendre le début du XIXème siècle pour voir apparaître le travail salarié comme norme commune. L'idée du travail libre et d'une relation volontaire entre le travailleur et son maître prend alors son essor sur le territoire américain. On doit l'émergence de cette nouvelle notion à l'abolition de l'esclavage⁴⁹, ainsi qu'aux bouleversements économiques de l'époque. Mais cette nouvelle idéologie ne fait que provoquer une simple reformulation de la relation entre l'employeur et le salarié, le salariat perpétuant l'idée de propriété de l'employeur sur les services du salarié⁵⁰. La doctrine de l'employment at-will, aujourd'hui en vigueur sur tout le territoire américain, naît sur ce terreau fertile. H.C. Wood est présenté comme le père de cette théorie selon laquelle tout contrat à durée indéterminée est réputé résiliable à tout moment par la seule volonté des parties⁵¹. Toutefois, pour une partie de la doctrine, il semble que l'*employment at will* ait été le principe bien avant la parution du traité de H.C. Wood⁵².

La première partie du XXème siècle aux Etats-Unis est parfois appelée "ère Lochner", du nom de l'arrêt de la Cour Suprême *Lochner v. New York* de 1905⁵³. Cette période est caractérisée par l'opposition constante exprimée par la Cour Suprême aux lois régulant les conditions de travail, et donc par une idéologie très proche du libéralisme de Manchester⁵⁴. Selon le régime *at-will*, qui devint la *default rule*⁵⁵ dans le système de common law dès la fin du XIXe siècle, la liberté d'embaucher et de licencier ne comportait alors aucune restriction. On clôt souvent cette période par l'arrêt *West Coast Hotel Co. v. Parish* de 1937, dans lequel la Cour opéra un revirement de jurisprudence en soutenant la constitutionnalité d'une législation de l'Etat de Washington imposant un salaire minimum. Jusqu'alors, toutes les lois limitant le temps de travail ou encadrant

⁴⁸ Littéralement "maître et serviteur".

⁴⁹ L'esclavage fut aboli en 1865 par le 13e amendement de la Constitution.

⁵⁰ ROBERT J. STEINFELD, *The invention of free labor, The employment relation in English and American Law*, Chapel Hill, 1991, p.16.

⁵¹ "With us the rule is inflexible, that a general or indefinite hiring is prima facie a hiring at will [...]", H.C WOOD, *A treatise on the law of master and servant*, John. D Parsons, 1877, § 134.

⁵² La théorie serait apparue à un moment où le seul souci des travailleurs était d'économiser suffisamment d'argent pour pouvoir acheter un lopin de terre, d'où le peu d'intérêt de conclure un contraignant contrat de longue durée ; v. Deborah A. BALLAM, *The development of the employment at will rule revisited : a challenge to its origins as based in the development of advanced capitalism*, 13 Hofstra Lab. L. J 75, 1995.

⁵³ Par cet arrêt, la Cour suprême des États-Unis déclare anti-constitutionnelle une législation de l'État de New York limitant les horaires hebdomadaires de travail. Par 5 voix contre 4, la Cour interprétait en particulier le XIV^e Amendement et la clause de *due process* comme impliquant une liberté contractuelle totale, empêchant toute régulation législative de celle-ci. La loi annulée, le *Bakeshop Act* de 1895, limitait la journée de travail des boulangers à 10 heures et la semaine de travail à 60 heures.

⁵⁴ Courant de pensée économique né au XXème siècle désignant un libéralisme anti-impérialiste, hostile à tout règlement et toute loi.

⁵⁵ En common law, règle de droit qui comble une lacune dans un contrat en l'absence d'une disposition expresse applicable, mais reste susceptible d'être librement modifiée par accord entre les parties.

le travail des enfants avaient été déclarées anticonstitutionnelles par la Cour Suprême, sur le fondement de la liberté contractuelle. Cette période est cependant équivoque puisqu'elle englobe également l'ère progressiste⁵⁶, durant laquelle des progrès en matière de protection des salariés furent accomplis tandis que le gouvernement créait en 1913 un Département du Travail en tant que ministère spécialisé, en remplacement du Bureau du Travail qui n'était alors qu'un organisme sous-ministériel.

Le XXème siècle fut pour les Etats-Unis une période prospère sur le plan législatif, avec la promulgation de nombreuses lois venant offrir un cadre au travail salarié jusqu'ici entièrement soumis au principe de la liberté contractuelle. Ainsi en 1938, le président Franklin Roosevelt fait voter le *Fair Labor Standards Act* qui établit un salaire minimum et interdit l'emploi des mineurs et des enfants pour les travaux pénibles. En 1963, le *Equal Pay Act* promulgué par le président John F. Kennedy interdit la discrimination salariale fondée sur le genre et l'inégalité de revenus entre hommes et femmes lorsque celle-ci n'est justifiée par aucun motif. Puis le *Civil Rights Act* de 1964 déclare illégale la discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine en matière d'embauche et de licenciement.

D'autres lois nationales sont venues imposer une réglementation minimale des conditions de travail (*minimum workplace requirements*). Ainsi, le *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* de 1988 qui requiert un préavis en cas de licenciement de masse, et le *Family and Medical Leave Act* de 1993 attribuant au travailleur un congé exceptionnel sans solde allant jusqu'à douze semaines par an pour maladie grave ou pour maternité.

Au cours du XXème siècle, les Etats-Unis ont donc progressivement adopté des règles favorisant l'amélioration de la condition salariale. La *question sociale*, préoccupation politique de la plus haute importance en France, a fait son apparition aux Etats-Unis lors de la signature d'une convention complémentaire à l'Accord de libre échange nord-Américain (ALENA)⁵⁷. L'adjonction de ce volet social portant sur la coopération dans le domaine du travail a toutefois une portée limitée en ce qu'il n'impose aucune norme minimale aux pays concernés. Cette absence de volonté supranationale, objet de virulentes critiques, n'a été que partiellement corrigée par un engagement moral portant reconnaissance de onze principes fondamentaux du droit du travail, parmi lesquels le salaire minimum, l'interdiction des discriminations et le droit de grève.

Les lois nationales américaines, qui réglementent les termes de l'emploi et les conditions de travail au niveau fédéral ont donc permis une certaine généralisation des droits sociaux, comblant ainsi les lacunes du système contractuel traditionnel. Elles s'appliquent à l'ensemble des salariés sur le territoire américain. Historiquement, si l'emploi est gouverné par la doctrine de *l'at-will employment*, la flexibilité des relations contractuelles de travail n'est donc pas totale puisqu'un arsenal législatif, certes modeste, prévoit aujourd'hui un minimum impératif édicté dans l'intérêt des salariés. L'employeur américain a dorénavant l'obligation de composer avec les impératifs légaux d'un droit du travail qui commence, lentement, à prendre naissance et se structurer.

⁵⁶ Période allant des années 1890 aux années 1920, en rupture partielle avec le libéralisme et l'individualisme de l'ère précédente.

⁵⁷ Traité instaurant une zone de libre-échange entre les Etats-Unis, le Canada et le Mexique, entré en vigueur le 1er janvier 1994.

Brèves considérations sociologiques - Chaque pays dispose de sa propre conception du travail. On ne saurait donc se lancer dans une telle étude sans se pencher sur les aspects historiques et culturels ayant préexisté à l'élaboration du droit du travail français et américain.

Le droit d'un état est en effet le produit direct de facteurs endogènes, qu'ils aient trait à la culture, à l'histoire ou aux idéologies sous-jacentes dudit état. Les règles de droit d'un pays donné peuvent être librement modifiées par le législateur, mais il subsistera toujours d'autres éléments qui, eux, ne pourront être arbitrairement modifiés car ils sont étroitement liés à la civilisation et au mode de pensée de ce pays. Comprendre ces éléments permet dans le même temps de comprendre les divergences qui existent entre les différents systèmes juridiques.

La diversité des droits ne tient pas seulement, en effet, à la variété des règles qu'ils comportent. Il est faux de voir dans le droit un simple ensemble de normes, lorsqu'il constitue en réalité un *système* : il emploie un certain vocabulaire, correspondant à certains concepts ; il comporte l'emploi de certaines techniques pour formuler les règles et de certaines méthodes pour les interpréter ; il est lié à une certaine conception de l'ordre social, qui détermine le mode d'application et la fonction même du droit⁵⁸. Montesquieu n'a-t-il pas écrit, dans *De l'esprit des lois*⁵⁹, que "*les lois sont tellement propres aux peuples pour lesquels elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre*" ?

La France et les Etats-Unis sont deux systèmes juridiques différents : le travail s'inscrit dans une évolution conceptuelle nettement différenciée dans les deux pays. Il est nécessaire de prendre en compte cet élément de fait pour mieux dresser la cartographie des divergences dans l'application du droit des relations individuelles de travail.

Les Etats-Unis furent colonisés au XVIIème siècle par des protestants britanniques fuyant les persécutions religieuses dont ils étaient victimes. La société américaine porte donc l'héritage d'un protestantisme dominant, dont l'éthique fait de la répugnance au travail un signe de disgrâce divine. Cette idéologie grandit sur le terreau du libéralisme économique, aboutissant à une conception très pragmatique du travail. Celui-ci est alors considéré comme un simple facteur de production⁶⁰, dont l'absence de spécificité le prive d'une intervention étatique jugée inutile. La dimension humaine est sacrifiée au profit de l'aspect économique, faisant du travail une simple marchandise pouvant faire l'objet de transactions commerciales.

Les conséquences de la conception matérialiste du travail sont importantes. La liberté contractuelle des deux parties s'impose comme un droit fondamental, que l'intervention judiciaire entoure de garanties contre toute atteinte éventuelle. La conception économique du travail imprègne l'ensemble des relations individuelles de travail, avec notamment la règle de l'emploi discrétionnaire (doctrine *at-will*). Dès la Déclaration d'Indépendance de 1776, le concept de liberté est au coeur des idées politiques américaines. La liberté contractuelle des parties s'est donc imposée comme un droit fondamental, aucune contrainte légale ne s'imposant aux parties dans la définition du contenu de leurs engagements.

En France, la dimension humaine du travail salarié prévaut largement sur sa dimension économique. Le libéralisme économique et la liberté contractuelle furent en effet supplantés au XIXème siècle par un interventionnisme étatique qui trouve ses origines dans un double mouvement social : l'un qui contestera la société jusque dans ses fondements libéraux, l'autre qui

⁵⁸ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, coll. Précis, 11e éd., 2002.

⁵⁹ MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Livre I, Chap.3, 1748.

⁶⁰ Harry BRAVEMAN, Labor and monopoly capital, The degradation of work in the twentieth century, Monthly Review Press, éd. 25th anniversary, 1998.

s'efforcera de la rendre plus humaine⁶¹. Cette préoccupation politique contribua à la structuration d'une véritable législation sociale, qui place la dimension humaine au coeur même du droit du travail. Aujourd'hui encore, certains auteurs présentent le droit du travail français comme une "réaction contre une philosophie matérialiste"⁶².

La délimitation du sujet - Le droit du travail étant une branche du droit extrêmement riche et complexe, qui traite aussi bien des relations individuelles que des relations collectives de travail, une nette délimitation du sujet s'avère nécessaire. Ainsi, si les aspects collectifs du droit du travail sont d'une importance telle qu'ils irriguent les relations individuelles de travail⁶³, et si l'imbrication de l'individuel et du collectif caractérise le droit du travail français, seule la question de l'encadrement des relations contractuelles de travail (*employment law* en droit américain) sera traitée dans cette recherche. L'étude complète des deux systèmes de droit étant trop dense, il s'agira essentiellement d'étudier les éléments les plus pertinents en terme de comparaison. Notre intérêt se portera donc sur la détermination du contrat de travail, puis, de manière schématique, sur la rupture du contrat de travail.

L'intérêt de la comparaison - Il n'est guère étonnant que les études de droit comparé aient pris depuis le début du XXème siècle un très vaste essor : la connaissance des droits étrangers, qu'elle vise à perfectionner le droit national ou à mieux appréhender les peuples étrangers et améliorer les relations internationales, est devenue indispensable dans les conditions du monde moderne. Dans un contexte d'interpénétration des droits, les diplomates, les juristes, les négociateurs des traités internationaux doivent être préparés à pouvoir comprendre le point de vue d'autrui, leur mode de raisonnement, les éléments historiques et culturels ayant présidé à la structuration de leur système juridique. Le droit comparé doit servir à unir les états au sein d'un système universel, mais aussi à « dépasser les limites et les servitudes de sa propre technique, à confronter la valeur de ses règles traditionnelles à des normes différentes, à percevoir comme une réalité nécessaire l'existence d'autres ordres juridiques »⁶⁴. L'acte constitutif de l'UNESCO⁶⁵ préconise ainsi dans son article 3 la connaissance et la compréhension mutuelle des nations par le développement, à l'échelle universelle, de l'étude des droits étrangers et par l'utilisation de la méthode comparative.

Reflet supposé des idéologies et des choix économiques et politiques d'une nation, le droit du travail aurait une identité nationale. Au-delà de la reconnaissance de quelques principes fondamentaux (prohibition de la discrimination à l'embauche, instauration d'un salaire minimum, interdiction du travail des enfants, etc.), le rapprochement des législations du travail serait donc ardu, sinon impossible. Un sentiment exacerbé par le choix des pays pour cette étude comparée, les dissonances culturelles et juridiques entre la France et les Etats-Unis paraissant a priori inconciliables.

Pourtant, la comparaison du droit du travail américain avec le droit du travail français ne manque pas d'intérêt. Il est ainsi intéressant d'observer la particularité des solutions apportées aux

⁶¹ On parlera alors de la "question sociale".

⁶² Alain SUPIOT, Pourquoi un droit du travail ?, Dr. Soc. 1990, p. 485-486.

⁶³ A titre d'exemple, le salaire, élément du contrat individuel de travail, est aussi l'objet de la négociation collective annuelle obligatoire instaurée par la loi Auroux du 13 novembre 1982.

⁶⁴ Marc ANCEL, *Le droit comparé instrument de compréhension et de coopération internationale*, in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p.11.

⁶⁵ Ratifié par 20 états, il est entré en vigueur en 1946.

problèmes qui se posent aux Etats-Unis et d'étudier les mécanismes utilisés dans l'encadrement des relations contractuelles de travail, un thème que l'on peut sans peine qualifier d'universel. De même, l'étude d'un droit a priori très différent du nôtre présente un intérêt doctrinal incontestable en ce qu'elle tend à nous éclairer sur le rôle et la signification du droit en mettant à profit l'expérience d'une nation étrangère. En effet, il n'est de science du droit qu'universelle⁶⁶.

Si la perspective d'une harmonisation du droit du travail semble utopique, il apparaît nécessaire, considérant l'étroitesse des liens commerciaux entre la France et les Etats-Unis⁶⁷, de comparer leurs réglementations en matière de relations contractuelles de travail. Une telle analyse comparative permet de mieux appréhender son propre droit et d'en faire une critique constructive, elle-même source d'initiatives et de perfectionnements ; elle est aussi un premier pas vers le rapprochement de deux droits appartenant à des familles différentes.

Enfin, l'objectif de cette étude est également de mettre un terme à la vision réductrice du droit du travail américain dont l'existence est souvent contestée, à tort. Car le droit du travail américain existe bel et bien, bien qu'il ne corresponde pas au sens qu'on puisse lui donner en droit français. L'intérêt de cette étude est aussi, justement, d'améliorer sa connaissance du droit en faisant fi de ses préjugés et d'adopter un regard neutre pour mieux saisir la richesse de ces deux systèmes, dans leurs points forts et leurs faiblesses.

L'ampleur du sujet oblige à contenir le propos dans la mesure où il ne s'agit évidemment pas de détailler toute la réglementation française et américaine ayant trait aux relations individuelles de travail, mais de saisir le particularisme de l'une par rapport à l'autre.

Ainsi, on se posera la question de savoir : Dans quelle mesure peut-on parler d'une convergence des droits américain et français dans l'encadrement des relations contractuelles de travail ?

Il conviendra alors d'étudier dans un premier temps la détermination du contrat de travail au regard du droit français et du droit américain (**Partie 1**), puis de comparer dans un second temps le système français et le système américain à l'occasion de la rupture du contrat de travail (**Partie 2**).

⁶⁶ René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, coll. Précis, 11e éd., 2002, p.9.

⁶⁷ Les Etats-Unis sont avec l'Union Européenne les premiers investisseurs étrangers en France : plus de 4000 entreprises américaines sont présentes en France, où elles emploient plus de 440 000 salariés (source : Insee).

Partie 1.

La détermination du contrat de travail au regard du droit français et du droit américain

En France, la qualité de salarié s'acquiert par le contrat de travail, dont le rôle acquisitif contrôle l'application de l'ensemble du droit du travail. Aux Etats-Unis, si l'on peut douter de cette fonction acquisitive, le contrat demeure essentiel à la formation de la relation salariée⁶⁸. De ce fait, en dépit de son identité encore incertaine, le contrat de travail américain reste un élément clé de la relation entre l'employeur et le salarié. Il est incontestable que la relation salariée française ou américaine est fondamentalement une relation d'échange : le travailleur cède en effet sa force de travail en contrepartie du versement d'un salaire convenu.

Techniquement, l'accès à l'emploi salarié se réalise en deux phases : l'une est celle du recrutement (**Chapitre 1**), l'autre est celle de la conclusion du contrat de travail à durée indéterminée (**Chapitre 2**). Cette recherche serait incomplète sans une brève étude de l'exécution dudit contrat (**Chapitre 3**), le droit du travail étant intrinsèquement fait de normes venant restreindre la liberté contractuelle des parties. Afin d'alléger le propos de cette étude, nous n'étudierons que le droit commun du contrat de travail à durée indéterminée, lequel reste, en France comme aux Etats-Unis, le modèle dominant et le mode quasi exclusif de la relation de travail⁶⁹. En effet, si le développement de formes atypiques d'embauche s'observe dans l'ensemble des pays post-industriels avec une rare ampleur⁷⁰, conséquence d'une fragilité du tissu économique qui ne fait que croître, ce point relèverait d'une autre étude et ne sera donc pas traité dans cette recherche.

⁶⁸ 30 C.J.S Employer-employee relationship §69, p.20, §7 : "La relation employeur-salarié naît d'un contrat, et l'existence d'un contrat de travail, explicite ou implicite, est essentielle à la relation employeur-salarié".

⁶⁹ Ainsi en France, l'article L. 1221-2 du Code du travail modifié par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail dispose que le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail.

⁷⁰ En France, les contrats spéciaux de travail représentaient en 2011 13,8% des emplois salariés (source : DARES). Aux Etats-Unis, les *temporary jobs* que l'on peut considérer comme l'équivalent du CDD français, représentaient environ 12% des emplois salariés en 2013 (source : International Confederation of Private Employment Agencies, <http://www.ciett.org/index.php>).

CHAPITRE 1. L'accès à l'emploi : le recrutement

En droit du travail, le recrutement est une opération effectuée par l'employeur qui consiste à rechercher les personnes susceptibles de tenir les emplois disponibles dans l'entreprise et à sélectionner celles qui semblent les plus aptes. L'opération se termine normalement par une embauche⁷¹. A première vue, la principale différence entre les législations américaines et françaises réside dans la liberté accordée à l'employeur dans les modes de recrutement (**Section 1**). Alors que le droit français pose de nombreuses limitations à la liberté d'embauche de l'employeur, la législation américaine accorde à ce dernier une liberté presque sans limites, avec une exception notable : le principe de non-discrimination. Une étude des limites à la liberté d'embaucher s'avère alors nécessaire (**Section 2**).

Section 1. Les modes de recrutement

L'entreprise qui entend recruter des salariés doit faire un premier choix : effectuer elle-même les opérations de recrutement ou faire appel à un intermédiaire (**Paragraphe 1**). Que les opérations de recrutement soient réalisées de manière directe ou par le biais d'un intermédiaire, celles-ci doivent être conduites en respectant certaines règles (**Paragraphe 2**). Les législations française et américaine se rejoignent ainsi dans la mise en oeuvre de dispositions ayant pour but d'empêcher les atteintes à la vie privée des demandeurs d'emploi.

Paragraphe 1. Le recrutement direct ou par intermédiaire

On distingue le placement - acte dans lequel un intermédiaire agit au profit des deux parties - du recrutement - acte effectué pour le seul compte d'un futur employeur. En pratique, deux possibilités s'offrent à une entreprise pour pourvoir un emploi : elle peut procéder elle-même aux opérations de recrutement, ce qu'on appelle le recrutement direct (**A**), ou bien faire appel aux services d'une agence de placement, ce qui consiste en un recrutement indirect (**B**). Cette dernière solution est particulièrement usitée aux Etats-Unis.

A. Le recrutement direct

Le recrutement direct peut être *interne* et constitue souvent une promotion ; il peut également être *externe*. Il s'adresse alors à de nouveaux venus sur le marché du travail, ou à des personnes qui ont déjà un emploi. L'employeur est alors en charge du processus de recrutement dans son entiereté, ce qui inclut les vérifications du CV et, pour certaines catégories d'emploi, des antécédents du candidat.

⁷¹ Gilles AUZERO et Emmanuel DOCKES, Droit du travail, Dalloz, éd. Précis, 29e édition, 2015, p.159.

Le recrutement peut avoir lieu par contact privé : ainsi, les employeurs américains recourent le plus souvent aux recommandations et au *word of mouth*, stratégie de recrutement que l'on pourrait traduire en français par le terme "cooptation". Cette méthode est également utilisée en France, avec une popularité moindre. Les réseaux professionnels sont en effet de plus grande importance aux Etats Unis. Les travailleurs en recherche d'emploi recourent fréquemment au *networking*, pratique qui consiste à faire appel à ses relations et son réseau de connaissances pour trouver un poste. Le recrutement peut également s'effectuer publiquement, par l'insertion d'offres d'emploi dans une publication ou tout autre moyen de communication accessible au public.

Le droit du travail français précise que l'offre d'emploi ne doit comporter aucun critère discriminatoire⁷² ni aucune allégation mensongère. Aucune offre ne peut donc comporter de référence à l'une des caractéristiques mentionnées à l'article L 1132-1 du Code du travail, parmi lesquelles l'origine, le sexe, l'âge, la situation de famille, l'apparence physique ou le lieu de résidence. Toutefois, des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés⁷³.

La législation américaine se montre tout aussi stricte en la matière, puisqu'elle interdit à l'employeur de discriminer les candidats à l'embauche sur la base de leur race, de leur couleur de peau, de leur religion, de leur genre, de leur origine, de leur âge, de leur état de grossesse ou de handicap⁷⁴.

B. Le recrutement intermédiaire

Une convention de l'OIT de 1933, révisée par la Convention n°96 en 1949, fut ratifiée par la France en 1953. Elle lui imposait la tenue d'un service public chargé de servir d'intermédiaire entre personnes en quête d'emploi et futurs employeurs.

L'Agence nationale pour l'emploi (ANPE) fut créée en France en 1967⁷⁵. Ses missions concernaient notamment l'accueil et l'inscription des demandeurs d'emploi, l'aide aux entreprises dans leurs recrutements et la prospection du marché du travail. Le Code du travail lui conférait un monopole qu'elle a perdu depuis la loi du 19 janvier 2005, après que la CJCE ait manifesté son désaccord à plusieurs reprises⁷⁶. L'ANPE a été remplacé par Pôle emploi le 19 décembre 2008, perdant ainsi son monopole sur le marché des services de placement. Il s'agit d'un établissement public à caractère administratif dont le statut est régi par l'article L.5312-1 du Code du travail et qui conserve les missions anciennement dévolues à l'ANPE.

En l'absence de monopole public, l'activité d'intermédiaire entre candidats à l'emploi et futurs employeurs reste ouverte à toute personne physique ou morale de droit privé, sous réserve d'en faire la déclaration préalable à l'autorité administrative⁷⁷. L'employeur peut donc faire appel à une

⁷² C.Trav., art. L.1132-1.

⁷³ C.Trav., art. L.1133-2.

⁷⁴ Title VII du Civil Rights Act de 1964. Voir aussi Age Discrimination in Employment Act (1967), Pregnancy Discrimination Act (1978) et Americans with Disabilities Act (1990).

⁷⁵ C. Trav. (anc.), art. L. 311-7 et s.

⁷⁶ CJCE 23 avr. 1991, *Hoefner*, C-41/90, 1991 ; CJCE 11 déc. 1997, *Job Centre*, C-55/96, 1997.

⁷⁷ C. Trav., art. L. 5323-1.

agence de recrutement de droit privé afin de l'assister dans le choix d'un candidat susceptible d'occuper l'emploi à pourvoir. Celle-ci évalue les candidats et propose à l'entreprise le ou les plus aptes. En tant que mandataire, elle ne dispose que d'une obligation de moyens : si le candidat choisi s'avère incompetent ou inapte au poste proposé, elle ne peut voir sa responsabilité engagée. Toutefois, le cabinet de recrutement qui ne vérifie pas les informations portées sur le CV d'un candidat, sans même attirer l'attention de son client sur cette absence de vérification et sur les risques d'embauche qu'elle comporte, engage sa responsabilité⁷⁸.

Les Etats-Unis n'ayant pas ratifié la Convention n°96 de l'OIT de 1949, le droit américain ne connaît pas de service public de placement. Les employeurs ont toutefois souvent recours aux *placement agencies* pour embaucher de nouveaux salariés. Ces agences de droit privé agissent en tant que mandataires, c'est à dire qu'elles accomplissent l'acte de recrutement des salariés au nom et pour le compte de l'employeur moyennant le paiement d'une commission. Les *placement agencies* ont pour charge de vérifier les antécédents et les qualifications des candidats à l'emploi. Leur responsabilité peut être engagée en l'absence de vérification de la situation du candidat⁷⁹. De même, une agence de placement recevant l'ordre de recruter un candidat en fonction de son sexe, de sa race, de sa religion ou de son origine sera reconnue coupable de discrimination si elle exécute l'ordre reçu de l'employeur.⁸⁰

Paragraphe 2. Les opérations de recrutement

En France, les principes généraux du droit garantissant les libertés publiques et privées, l'article 9 du Code civil proclamant que "*chacun a droit au respect de sa vie privée*" et certains arrêts de la Cour de cassation affirmant que "*les renseignements demandés lors de l'embauche ont pour but d'apprécier les qualités du salarié... pour l'emploi sollicité par lui et ne peuvent concerner des domaines sans lien direct avec l'activité professionnelle*"⁸¹, n'ont pas fait échec à certaines pratiques litigieuses en matière de recrutement. Des modes de sélection douteux faisant appel à l'astrologie, la numérologie ou la graphologie ont ainsi été fréquemment utilisés par les employeurs. Après le rapport Gérard Lyon-Caen, élaboré à la demande du ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle, le législateur a voté en décembre 1992 une loi qui, en consacrant les principes dégagés antérieurement, leur a donné un contenu plus clair et plus précis et a inséré dans le Code du travail des règles protégeant la vie privée des candidats à l'embauche⁸². Il n'existe aucune législation fédérale de ce type en droit américain, qui se contente de limiter le champ d'action du recruteur par la prohibition de la discrimination, consacrée dans le Titre VII du Civil Right Acts de 1964. Toutefois, certains états ont posé des règles visant à protéger les candidats à l'embauche des méthodes parfois litigieuses utilisées par les employeurs. Ces règles répondent à un double objectif : permettre la vérification, lorsqu'il y a lieu, des antécédents

⁷⁸ Civ. 1ère, 2 nov. 2005, n° 03-10.909.

⁷⁹ 29 U.S.C § 623(b).

⁸⁰ 29 C.F.R. § 1604.6.

⁸¹ Cass. Soc. 17 oct. 1973.

⁸² C.trav., art. L.121-6. Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ou à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat à un emploi ou le salarié est tenu d'y répondre de bonne foi.

judiciaires du candidat dans le respect de ses droits fondamentaux (A) et limiter le domaine de la recherche d'informations concernant le candidat à l'emploi (B).

A. La vérification des antécédents judiciaires du candidat à l'emploi

En France comme aux Etats-Unis, le contrat de travail suppose un fort engagement personnel du salarié. L'employeur cherche lors de la phase d'embauche à connaître les aptitudes personnelles et la personnalité du candidat, au travers notamment d'entretiens de plus en plus ciblés⁸³.

En France, le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en oeuvre, des méthodes et techniques d'aide au recrutement utilisées à son égard⁸⁴. Les méthodes et techniques d'aide au recrutement doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie. Les résultats sont confidentiels⁸⁵. L'article L.1221-9 ajoute qu'aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi.

La législation américaine est loin de protéger autant la vie privée des candidats à l'emploi. Ainsi, il n'existe aucune loi fédérale réglementant la matière. Dans l'état du Texas, il est d'ailleurs possible de consulter en ligne le casier judiciaire de n'importe quel individu, moyennant le paiement d'une commission. L'employeur est ainsi fondé à s'enquérir des antécédents judiciaires et médicaux ou de la situation financière du candidat à l'emploi. Toutefois, il doit traiter tous les candidats de manière égale, sans considération de leur âge, de leur race, de leur origine, de leur couleur de peau, de leur sexe, de leur religion et de leur potentielle situation de handicap⁸⁶.

Les législations américaines et françaises se rejoignent sur les modes d'investigation ayant trait à la vie privée du candidat : ainsi, le droit américain prohibe tout recueil d'informations personnelles par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du candidat à l'embauche. L'usage de détecteurs de mensonges, pratique autrefois couramment employée par les employeurs, est aujourd'hui prohibé par le *Polygraph Protection Act* de 1988 codifié à l'article 29 U.S.C §§ 2001-2009 du Code fédéral des Etats-Unis. De même, la jurisprudence interdit l'usage des tests psychotechniques sur le fondement du droit au respect de la vie privée des candidats à l'emploi⁸⁷. En revanche, l'employeur est fondé à requérir du candidat qu'il se soumette à un test de dépistage de stupéfiants (*drug testing*). L'usage de ce procédé, quoique contestable, est de plus en plus populaire auprès des employeurs américains. Il enregistre ainsi une hausse de près de 277% depuis 1987⁸⁸. Certains états réglementent toutefois le recours aux tests de dépistage en ne les autorisant que sous certaines conditions⁸⁹.

⁸³ "Aujourd'hui l'entreprise n'achète plus une force de travail, mais une personnalité dans toute sa complexité et ses ramifications familiales et sociales" (G. ADAM, Critique d'une étude critique de J.E. RAY, *Dr. Soc.* 1988).

⁸⁴ Alain COEURET, Bernard GAURIAU et MICHEL MINE, *Droit du travail*, éd. Sirey, coll. Université, 3e éd., 2013, p.233.

⁸⁵ C.Trav., art. L. 1221-8.

⁸⁶ Titre VII du Civil Rights Act de 1964, amendé en 1991.

⁸⁷ *Soroka v. Dayton Corp.*, 1991.

⁸⁸ Source : <https://www.aclu.org/workplace-drug-testing>.

⁸⁹ Il en va ainsi de la Californie, qui n'autorise le recours aux tests de dépistage que dans le cas de certains emplois dits "sensibles", lesquels requièrent une parfaite condition physique et mentale du candidat.

De plus en plus d'états américains imposent à l'employeur la vérification du casier judiciaire des candidats postulant pour un emploi en relation avec les enfants, les personnes âgées ou les patients⁹⁰. Certains états, comme l'Etat de New-York, prohibent toutefois la discrimination basée sur les antécédents judiciaires du candidat à l'emploi⁹¹. D'autres encore, comme l'état du Massachusetts, restreignent la vérification des antécédents du candidat à certaines catégories d'emploi⁹².

Il en va de même en droit français : ainsi, si en France aucune disposition légale spécifique n'interdit expressément la vérification des antécédents judiciaires par l'employeur, il résulte de l'application combinée de divers textes législatifs que la collecte d'informations sur les antécédents judiciaires d'un candidat à l'embauche est, en principe, illégale. Ainsi, l'article L. 1222-2 du Code du travail stipule que les informations demandées au salarié pendant toute la durée de la relation individuelle de travail « *doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'évaluation de ses aptitudes professionnelles* ». De même, conformément à l'article L. 1221-9 du Code du travail, aucune information personnelle concernant un candidat à l'embauche ou un salarié en poste ne peut être collectée par un dispositif n'ayant pas été préalablement porté à la connaissance dudit candidat ou salarié. Cependant, les entreprises de surveillance, de gardiennage et de transports de fonds doivent s'enquérir de la probité de leurs salariés et sont donc tenues de réclamer, avant toute embauche, une copie du bulletin n°3 de son casier judiciaire⁹³. L'employeur peut également être amené, dans certaines circonstances liées notamment à la nature spécifique du poste concerné, à considérer qu'il justifie d'un intérêt légitime à demander des informations sur les antécédents judiciaires d'un candidat à l'embauche ou d'un salarié en poste. Dans ce cas, il sera fondé à demander au candidat la communication de son casier judiciaire.

B) La limitation du domaine de la recherche d'informations concernant le candidat à l'emploi

Les législations françaises et américaines se distinguent par le champ d'action qu'elles accordent à l'employeur en matière de recrutement. A première vue pourtant, peu d'éléments concrets les différencient : en droit français comme en droit américain, le principe qui prévaut est celui de la liberté d'embauche. En théorie, l'employeur est alors fondé à choisir librement les candidats qu'il estime le plus aptes pour le poste à pourvoir.

Cependant le droit français, et plus particulièrement la jurisprudence, apporte à la liberté d'entreprendre de l'employeur de nombreuses restrictions. Ces limitations ne concernent pas le fondement de la liberté d'entreprendre, consacrée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et donc constitutionnellement protégée, mais sur l'intensité de son degré de protection. Le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé dans la décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982 que la "liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou

⁹⁰ Voir par exemple Ark. Code Ann. §§ 20-33-203, 21-15-102.

⁹¹ "No application for any license or employment shall be denied by reason of the applicant's having been previously convicted of one or more criminal offenses [...] unless there is a direct relationship between one or more of the previous criminal offenses and the specific license or employment sought [...]", N.Y. Exec. Law § 296, par. 15.

⁹² Mass. Gen. Laws ch. 6, §§ 167-178.

⁹³ Loi n°83-629 du 12 juillet 1983 complétée par décret n°86-1058 du 26 septembre 1986.

abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre". Une autre décision du Conseil Constitutionnel⁹⁴ affirma la possibilité offerte au législateur "d'apporter à la liberté d'entreprendre des limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles [...]".

Ainsi le droit français s'efforce d'établir une difficile conciliation entre la consécration de la liberté d'entreprendre et la protection de l'intérêt général. A cet égard, les informations demandées par l'employeur au candidat à un emploi doivent respecter un principe de pertinence. Ainsi les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé et présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles⁹⁵. Le candidat est tenu d'y répondre de bonne foi⁹⁶. De même, selon l'article L121-7, al. 2 du Code du travail, « *les méthodes et techniques d'aide au recrutement ou d'évaluation des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie* ». Ainsi, il n'y a pas lieu de mettre en œuvre certaines méthodes telles que des tests de psychologie clinique : leur fiabilité est pourtant scientifiquement établie, mais ils n'ont pas été conçus dans le but d'aider au recrutement et ne se limitent donc pas à évaluer les candidats dans le seul cadre d'un projet d'embauche. Au regard du critère de pertinence, il est tout aussi inopportun de recourir à des méthodes aux résultats aléatoires, telles que l'astrologie, la numérologie, voire la graphologie, dont la validité prédictive du point de vue de l'aptitude à l'emploi n'est nullement établie.

Il n'existe pas de restriction similaire de la liberté d'embauche en droit américain, qui accorde à l'employeur la faculté de recruter tout candidat sur la base des fondements et critères qui lui sont propres. Ce dernier n'est tenu par aucune obligation de justice ou d'équité⁹⁷ : il doit seulement respecter le principe de non-discrimination lors de la phase de recrutement. Ainsi, il lui est possible de recruter des candidats de manière arbitraire, selon les critères qu'il juge pertinents, et de les soumettre à toute interrogation et investigation qui ne viole pas le principe de non-discrimination. Citons par exemple, et à titre d'illustration, l'arrêt de la Cour d'appel du septième circuit *Price v. City of Chicago*⁹⁸ dans lequel un employeur avait utilisé le critère quelque peu hasardeux de la date de naissance pour départager les candidats à un emploi. La Cour d'appel fédérale jugea que la méthode utilisée par l'employeur n'était ni illégale ni discriminatoire, en raison de l'absence de toute obligation de probité ou d'équité pesant sur ce dernier. La Cour Suprême des Etats-Unis a également jugé dans l'arrêt *Coppage v. Kansas* de 1915⁹⁹ que le droit de l'employeur à déterminer ses propres critères d'embauche constituait un droit fondamental et que toute loi visant à le restreindre était susceptible de constituer une violation du droit de l'employeur au *due process*¹⁰⁰.

Les législations françaises et américaines protègent donc constitutionnellement la liberté d'entreprendre de l'employeur. Toutefois, par contraste avec le droit français qui limite considérablement la liberté d'investigation et de recherche des informations de l'employeur dans un but de protection des exigences constitutionnelles - parmi lesquelles le droit à la vie privée - et de l'intérêt général, la législation américaine ne pose qu'une seule limite à la liberté d'entreprendre

⁹⁴ Décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000.

⁹⁵ C.Trav., art. L. 121-6.

⁹⁶ C.Trav., art. L. 1221-6.

⁹⁷ Voir *Womack v. Runyon*, 147 F.3d 1298 (11th Cir. 1998).

⁹⁸ *U.S. Court of Appeal*, 7th Cir. 2001.

⁹⁹ 236 U.S.1, 35 S., Ct. 240.

¹⁰⁰ Principe selon lequel l'Etat doit respecter les droits fondamentaux des citoyens.

de l'employeur : la prohibition de la discrimination. Il convient à cet égard de rappeler que le travail est appréhendé selon une conception nettement différenciée entre la France et les Etats-Unis. S'il n'est certainement pas possible d'analyser ces dissemblances sous le seul angle de la différence de fondements historiques et culturels entre les deux pays, la prégnance du libéralisme économique aux Etats-Unis dont nous avons parlé dans l'Introduction explique sans doute la répugnance du droit américain à apporter de quelconques restrictions aux libertés des individus. A l'inverse, la législation française du travail s'efforce de concilier protection des travailleurs et efficacité économique, un équilibre difficile à atteindre et qui ne peut éviter les restrictions des libertés initialement conférées à l'employeur.

Section 2. Les limites à la liberté d'embaucher

A la liberté de l'individu de travailler pour le compte de l'employeur de son choix fait face la liberté des chefs d'entreprise de choisir leurs collaborateurs. En France, cette liberté a valeur constitutionnelle¹⁰¹. Aux Etats-Unis en revanche, elle dispose d'une protection moindre puisque la théorie de l'emploi discrétionnaire n'a vu sa valeur constitutionnelle admise que pour un temps¹⁰². Les législations américaines et françaises imposent toutefois à la liberté d'embauche de l'employeur certaines limites d'origine légales (**Paragraphe 1**) ou conventionnelles (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Limitations légales à la liberté d'embauche

L'embauche constitue la première phase de la constitution du contrat de travail. Cette étape préalable à l'exercice de toute activité professionnelle salariée est régie par un certain nombre de règles, qui diffèrent selon le droit français et le droit américain. D'une manière générale, l'employeur ne dispose pas d'une liberté sans limites dans le choix des candidats. L'embauche est notamment soumise au principe de non-discrimination, lequel existe en droit français comme en droit américain (**A**). De même, l'embauche d'un travailleur étranger doit s'effectuer dans le respect de certaines règles (**B**).

A) La protection des libertés : la prohibition de la discrimination à l'embauche

Aux Etats-Unis, la loi majeure concernant la discrimination à l'embauche est le *Civil Rights Act* de 1964, amendée en 1991. Le titre VII du *Civil Rights Act* prohibe toute discrimination à l'embauche, qu'elle soit liée à la race, à la couleur de peau, à la religion, au sexe ou à l'origine. Cette disposition fut intégrée dans le volume 42 du *United States Code*¹⁰³. Elle ne s'applique qu'aux entreprises employant quinze salariés et plus. Initialement pauvres, les mesures d'application du *Civil Rights Act* connurent avec le temps une efficacité de plus en plus

¹⁰¹ Cons.const. 20 juillet 1988, *Dr.Soc.* 1988.762

¹⁰² *Coppage V. Kansas, 236 U.S 1 (1915)* : est inconstitutionnelle la loi qui interdit à l'employeur de refuser l'embauche de salariés en raison de leur appartenance syndicale.

¹⁰³ "It shall be an unlawful employment practice for an employer — to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin" [...] 42 U.S. Code § 2000e-2.

grandissante jusqu'à aboutir au développement d'une véritable politique d'*affirmative action*, aussi connue en droit français sous le terme de discrimination positive.

Le Civil Rights Act de 1964 fut envisagé lors de son vote au Congrès comme une incitation pour les employeurs à ne prendre en compte que les qualifications du candidat à l'embauche, au-delà de son genre, de sa race, de sa religion ou de son origine. Cet extrait du mémorandum interprétatif rédigé par les sénateurs Case et Clark, initiateurs du *Civil Rights Act*, représente bien cette volonté d'alors de mettre fin à la discrimination fondée sur des critères exogènes à l'aptitude du candidat : "*Title VII expressly protects the employer's right to insist that any prospective applicant, Negro or white, must meet the applicable job qualifications. Indeed, the very purpose of Title VII is to promote hiring on the basis of job qualifications, rather than on the basis of race or color*".¹⁰⁴

D'autres lois sont venues au cours des années amender le *Civil Rights Act*, aboutissant ainsi à la construction d'un véritable arsenal juridique contre la discrimination à l'embauche. Il convient ainsi de citer le *Age Discrimination in Employment Act* de 1967, qui protège toute personne âgée de plus de 40 ans contre la discrimination liée à l'âge, le *Pregnancy Discrimination Act* de 1978 qui protège les femmes enceintes, et l'*Americans with Disabilities Act* de 1990 qui prohibe toute discrimination à l'encontre des personnes en situation de handicap dans le secteur public et privé. Récemment, dans un arrêt rendu le 1er juin 2015¹⁰⁵, la Cour Suprême des Etats-Unis a estimé à la quasi-unanimité (8 contre 1) que l'employeur ne pouvait en aucun cas fonder sa décision d'embauche sur la pratique religieuse du candidat, prohibant de ce fait la discrimination fondée sur le port de signes religieux ostensibles.

Un principe essentiel s'applique aux lois fédérales prohibant la discrimination : le *principe of agency*. Selon ce principe, un employeur est directement responsable des actions commises par ses salariés. De même, le gouvernement et les syndicats sont responsables des actes accomplis par leurs représentants. Ainsi, un employeur, un syndicat ou une agence gouvernementale ne peut se soustraire à sa responsabilité si l'une des personnes placées sous sa subordination commet un acte discriminatoire.

Les lois américaines relatives à l'interdiction de la discrimination à l'embauche prohibent non seulement la discrimination intentionnelle, mais également les pratiques a priori neutres qui aboutissent à des situations discriminatoires. Ainsi, la Cour Suprême a précisé dans l'arrêt *Griggs v. Duke Power* de 1971 que l'interdiction de la discrimination à l'embauche s'étend à l'utilisation des critères supposément neutres ayant un effet indirectement excluant ou préjudiciable et dont l'existence n'est justifiée par aucune nécessité, quel que soit le degré d'intention discriminatoire de l'employeur. L'arrêt *Griggs v. Duke Power* a donc ouvert la voie à la prohibition de la discrimination non-intentionnelle, laquelle porte involontairement atteinte à un groupe de personnes protégées par la loi et engendre un traitement inégal de celles-ci. Citons en exemple l'arrêt *Dothard v. Rawlinson* de 1977, dans lequel l'Etat de l'Alabama fut condamné pour avoir imposé une taille et un poids minimum à partir desquels les candidats étaient autorisés à postuler à une annonce de recrutement pour les métiers de la police, ce qui ne constituait pas un critère concrètement discriminatoire mais avait pour effet indirect d'exclure un nombre significatif de candidates féminines.

¹⁰⁴ 110 Cong. Rec. 7247 (1964).

¹⁰⁵ *EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 2015.

L'intention discriminatoire de l'employeur peut se manifester sous diverses formes, que ce soit au travers d'une offre d'emploi exprimant une préférence concernant le sexe ou l'âge du candidat ou bien au travers des questions posées à un candidat lors d'un entretien d'embauche. Ce dernier cas s'avère plus complexe en ce qu'il aboutit généralement à une discrimination indirecte et parfois non intentionnelle : ainsi par exemple, le fait pour un employeur de s'enquérir de la situation familiale actuelle ou prospective d'une candidate constitue un cas de discrimination indirecte. La jurisprudence américaine précise que toute interrogation menée dans le cadre d'un entretien d'embauche *pouvant résulter* en une discrimination en dépit de son caractère a priori neutre constitue *prima facie* la preuve de l'intention discriminatoire de l'employeur¹⁰⁶.

Le Code du travail français protège également l'intimité des candidats à l'emploi en prohibant certaines investigations. Il s'agit tout d'abord de celles qui seraient contraires au principe de non-discrimination¹⁰⁷. Sont notamment prohibées les investigations relatives à la santé du candidat à l'emploi, à ses convictions politiques et religieuses ou à ses origines. La liberté générale de recherche d'informations des employeurs est également limitée par une double règle de finalité et de pertinence. Ainsi, le Code du travail stipule que les informations demandées au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé (règle de finalité) et doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé (règle de pertinence).

L'appréhension de la discrimination s'exerce a priori de manière similaire en droit français et en droit américain. Les Etats-Unis comme la France prohibent l'existence de toute discrimination à l'embauche, ce qui inclut les cas de discriminations non intentionnelles et les pratiques a priori neutres aboutissant toutefois à une situation discriminatoire. Toutefois, le droit français se différencie du droit américain en ce qu'il érige en infraction pénale la discrimination. Le principe de non-discrimination est ainsi inscrit dans le Code du travail et le Code pénal français¹⁰⁸. De même, le champ d'application légal de la discrimination s'avère nettement plus vaste en droit français, ainsi qu'en atteste l'article L.1132-1 du Code du travail : "*Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap.*"

¹⁰⁶ Voir *Doe v. Syracuse Sch. Dist., 1981* et *Sheriff's Dept. v. State Dept. of Human Rights, 1987*.

¹⁰⁷ C.Trav., art. L 1225-1.

¹⁰⁸ "Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée", Article 225-1 du Code pénal.

Le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964, en revanche, propose une énumération moindre de critères discriminatoires : le genre, la race, la religion et l'origine. Cela signifie-t-il que le droit américain autorise l'employeur à discriminer sur d'autres critères ? Les divers amendements apportés au cours des années au *Civil Rights Act* ont permis d'apporter une protection supplémentaire à des catégories de population vulnérables et susceptibles, de par leur situation particulière, de faire l'objet de mesures discriminatoires : les individus âgés de plus de 40 ans, les femmes enceintes, les personnes en état de handicap. Ainsi, le *Americans with Disabilities Act* de 1990 prévoit que l'employeur ne peut ni solliciter une visite médicale ni se renseigner sur l'état de santé et la potentielle situation de handicap d'un candidat à l'embauche¹⁰⁹. Toutefois, un employeur est fondé à s'enquérir des capacités et de l'aptitude d'un candidat à occuper le poste proposé¹¹⁰.

Si un candidat à un emploi a des raisons de croire qu'il a été victime de discrimination de la part d'un employeur il devra, en application de la loi fédérale, déposer une plainte auprès du secrétariat d'une commission fédérale, la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), qui sera chargée d'enquêter. La plainte doit être déposée dans les cent quatre-vingt jours de la survenance de l'acte réputé discriminatoire. Si le candidat doit présenter des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination à l'embauche, il appartient à l'employeur de justifier que son choix pour un autre candidat a été déterminé par la prise en compte d'un diplôme, d'une compétence ou d'une expérience professionnelle requise préalablement à l'embauche. Des dommages et intérêts punitifs (*punitive damages*) peuvent être alloués au demandeur s'il est prouvé que l'employeur a agi de manière discriminatoire, avec malveillance ou dans l'ignorance des droits que garantit l'Etat fédéral à tout individu¹¹¹.

Le droit français impose également au défendeur la charge de la preuve¹¹². S'il est fait droit à sa demande, le candidat lésé pourra se voir octroyer des dommages et intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil, en réparation de la perte d'une chance d'être embauché. La nullité de l'acte discriminatoire pourra également être prononcée¹¹³ et la responsabilité pénale de la personne morale s'étant rendue coupable de discrimination engagée¹¹⁴.

Aux Etats-Unis, les tribunaux ont le pouvoir de prononcer des injonctions de cesser toute mesure discriminatoire à l'égard d'un employeur, d'un syndicat ou d'une agence de placement. Ils sont ainsi fondés à ordonner l'embauche de tout candidat victime de discrimination. A l'inverse, le Code du travail français ne prévoit pas cette possibilité. L'employeur qui a procédé à des mesures discriminatoires à l'égard d'un candidat ne peut se voir condamné à embaucher ce dernier : cela constituerait en effet une atteinte à la liberté contractuelle de l'employeur.

¹⁰⁹ 42 U.S.C. § 12112(d)(2)(A)

¹¹⁰ 42 U.S.C. § 12112 (d) (2)(B)

¹¹¹ 42 U.S.C § 1981a(b)(1)

¹¹² Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination [...] : C. Trav, art. L 1134-1.

¹¹³ Article L 122-45 du Code du travail.

¹¹⁴ Article L 225-4 du Code pénal.

On constate donc une différence flagrante entre les législations françaises et américaines dans les recours prévus par la loi en cas de discrimination à l'embauche. D'un côté, le droit américain accepte que le juge se substitue à la volonté de l'employeur en ordonnant l'embauche du candidat victime de discrimination. De l'autre côté, le droit français procède avec précaution, reconnaissant les torts de l'employeur mais se refusant d'empiéter sur sa liberté d'embauche, laquelle fut reconnue dans une décision du Conseil Constitutionnel du 20 juillet 1988¹¹⁵. En vertu du principe de la liberté d'embauche qui lui est reconnu, lui-même rattaché au principe de liberté d'entreprendre, l'employeur peut librement décider de procéder à une embauche lorsqu'il l'estime nécessaire et de choisir librement la personne qu'il souhaite embaucher. Corollairement, il ne peut se voir imposer le recrutement d'un candidat.

B) Le travailleur étranger

Avant 1986, les Etats-Unis ne connaissaient aucune loi fédérale prohibant l'embauche des travailleurs étrangers en situation irrégulière. La promulgation en 1986 de l'*Immigration Reform Act* par le président Ronald Reagan changea cet état de fait, en interdisant à tout employeur d'embaucher sciemment des travailleurs étrangers dépourvus de permis de travail ("*unauthorized aliens*") et en posant sur l'employeur une obligation d'attester de la situation régulière du salarié qu'il s'apprête à embaucher. Cette obligation ne peut être légalement satisfaite que si l'employeur a procédé à l'examen minutieux d'un document valant autorisation de travail et possédant une apparence authentique (en américain "*genuine*")¹¹⁶.

Cette loi prévoit des sanctions, notamment financières, à l'égard de l'employeur qui déciderait d'embaucher de manière consciente ("*knowingly*") un étranger dépourvu d'autorisation de travail. Cette conscience se manifeste lorsque l'employeur raisonnablement informé aurait dû se rendre compte de la situation irrégulière dans laquelle est placée le salarié, lorsque le salarié ne justifie d'aucune autorisation de travail, ou lorsque celui-ci présente à l'employeur des documents dont l'apparence atteste de leur caractère frauduleux. Le non-respect de l'*Immigration Reform Act* par l'employeur peut entraîner pour celui-ci l'engagement de sa responsabilité civile ou pénale, une amende pouvant aller de 110 à 3200 dollars par salarié en situation irrégulière, ainsi qu'une peine d'emprisonnement en cas de récidive. Le contrat de travail conclu entre l'employeur et le salarié illégalement embauché sera, en sus, rompu de plein droit.

Toutefois, et en dépit de son application stricte, l'*Immigration Reform Act* n'entend pas faire peser sur l'employeur la charge de devenir un expert en vérifications de documents. Le Judiciary Committee Report en charge d'examiner la proposition de loi a ainsi déclaré en 1986 : "*it is not expected that employers ascertain the legitimacy of documents presented during the verification proces. The reasonable man standard is to be used in implementing this provision and the Committee wishes to emphasize that documents that reasonably appear to be genuine should be accepted by employers without requiring further investigation of those documents*"¹¹⁷. Ainsi, l'*Immigration Reform Act* ne pénalise pas l'employeur qui aurait été trompé par la remise d'une autorisation de travail à l'apparence faussement authentique.

¹¹⁵ N°88-244 DC, JO 20 juillet 1988, p.9449.

¹¹⁶ 8 U.S.C. § 1324a(b)(1)(A)

¹¹⁷ H.R. Rep. No. 99-682 (Part 1), 99 Cong. 2d Sess. 61 (1986).

On citera le cas particulier de l'Etat de Californie qui reconnaît comme salarié "tout individu occupant un emploi sous les ordres d'un employeur [...] qu'il soit employé de manière légale ou illégale"¹¹⁸. Plusieurs états accordent au salarié en situation irrégulière le paiement de toute indemnité en cas de rupture de la relation de travail ou d'accident du travail. Cependant, aucune loi fédérale ne régleme la matière et les Cours de district rendent des arrêts parfois contradictoires. On comparera ainsi l'arrêt *Curriel v. Environmental Management Services*¹¹⁹ dans lequel un travailleur étranger illégalement employé se vit accorder des indemnités suite à un accident du travail à l'arrêt *Ramroop v. Flexo-Craft Printing, Inc.*¹²⁰ qui refusa d'accorder au travailleur en situation irrégulière le bénéfice de ces mêmes indemnités.

Le droit français adopte quant à lui une position claire : le salarié dépourvu d'autorisation de travail est assimilé, à compter de la date de son embauche, à un travailleur régulièrement engagé¹²¹. Cela signifie que la réglementation du travail lui est applicable et en particulier celle relative à la durée du travail, au repos, aux congés et à l'ancienneté. En revanche, la règle de l'assimilation ne joue pas si le contrat de travail est rompu.

L'employeur qui procède à l'embauche d'une personne de nationalité étrangère reste tenu de vérifier que l'intéressé est en possession d'un titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France et, sauf exception, s'assurer, auprès de l'administration compétente de la validité de ce document¹²². Le non-respect des règles relatives à l'embauche et à l'emploi d'un travailleur étranger est passible de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement, une peine que le droit américain n'applique qu'en cas de récidive. Ainsi, par exemple, le fait pour toute personne, directement ou par personne interposée, d'embaucher, de conserver à son service ou d'employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 15 000 € appliquée autant de fois qu'il y a d'étrangers concernés ; ces peines sont portées à un emprisonnement de 10 ans et une amende de 100 000 € lorsque l'infraction est commise en bande organisée. Des peines complémentaires peuvent également être appliquées, comme l'exclusion des marchés publics ou l'interdiction d'exercer certaines activités professionnelles.

Paragraphe 2. Limitations conventionnelles à la liberté d'embauche

L'interdiction d'embaucher peut être la conséquence d'un engagement qui lie le candidat à l'emploi. Ainsi, lorsque ce dernier est lié vis-à-vis de son ancien employeur par une clause de non-concurrence **(A)**, l'entreprise qui le recruterait pourrait engager sa propre responsabilité. Dans d'autres situations, en revanche, l'interdiction d'embaucher une personne déterminée peut résulter d'une clause qui lie directement un employeur potentiel. Cette clause est appelée clause de non-sollicitation **(B)**.

¹¹⁸ Cal. Lab. Code § 1171.5.

¹¹⁹ 376 S.C.23, 655 S.E.2d 482 (S.C.2007) également consacrée par le droit français à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Elle signifie notamment que les parties sont libres de contr

¹²⁰ 11 N.Y.3d 160, 896 N.E.2d 69 (N.Y.2008).

¹²¹ C.Trav., art. L.8252-1.

¹²² C. Trav., art. L5221-8.

A) Les clauses de non-concurrence

Il est indéniable que la liberté contractuelle constitue la clé de voûte du droit du travail américain. Constitutionnellement protégée¹²³, elle fait l'objet d'une déférence particulière, qui se manifeste notamment par la quasi-absence d'interventionnisme de l'Etat. Cette liberté contractuelle consiste pour les parties à avoir le choix de contracter ou ne pas contracter, avec la ou les personnes qu'elles souhaitent, et à déterminer librement les dispositions du contrat qui les lie – à condition toutefois de ne pas porter atteinte aux règles d'ordre public. En vertu de ce principe, employeur et salarié sont fondés à stipuler une clause limitant la liberté professionnelle de ce dernier.

Mais n'apporter aucune limitation à ce principe selon lequel chaque cocontractant se voit accorder la même liberté serait dangereux. Le contrat de travail, en effet, n'est pas signé entre deux personnes à la situation semblable. La plupart du temps, le salarié est dans une situation de demande, ce qui place l'employeur en position de force. Dès lors, on ne peut raisonnablement penser que l'employeur ne se laisserait aller à aucune dérive, n'exercerait aucune pression, tandis qu'aucune concession ne serait faite par le salarié pour obtenir l'emploi. Ce risque est notamment caractérisé par l'existence des clauses de non-concurrence (*non-competition covenants* en droit américain), qui sont celles par lesquelles le salarié s'interdit, lors de son départ de l'entreprise et pendant un certain temps par la suite, d'exercer certaines activités susceptibles de concurrencer son ancien employeur. Une telle clause peut être stipulée lors de la conclusion du contrat de travail mais aussi lors de son exécution – en droit américain, on parle alors de *after thought agreement*¹²⁴. C'est en considération de cette situation inégalitaire que le législateur et le juge français sont intervenus afin de restreindre la stipulation des clauses de non-concurrence et de réduire leur champ d'application, dans le temps aussi bien que dans l'espace. La Cour de cassation exige ainsi quatre critères constants¹²⁵ : la clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace ; elle doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié ; elle doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée au but recherché ; une contrepartie financière doit être versée au salarié. Ces critères sont cumulatifs et d'interprétation stricte. En outre, la Cour de Cassation a précisé que cette clause doit être acceptée par le salarié pendant son contrat de travail et qu'en conséquence, elle ne saurait être imposée par l'employeur après la rupture en vertu de la mise en œuvre par celui-ci d'une clause potestative.

Aux Etats-Unis, tous les états fédérés ne reconnaissent pas l'existence des clauses de non-concurrence. Ainsi la Californie considère-t-elle comme nulle et non écrite la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail¹²⁶. De même, le Dakota du Nord prohibe le recours aux clauses de non-concurrence pour les salariés exerçant une profession juridique ou commerciale : "*every contract by which anyone is restrained from exercising a lawful profession, trade or business of any kind is to that extent void*".¹²⁷ La législation fédérale n'apportant aucune restriction à la stipulation des clauses de non-concurrence, il revient aux états fédérés de déterminer leurs propres règles en la matière. D'une manière générale, cependant, on peut identifier trois

¹²³ *Lochner v. New York*, 198 U.S. Supreme Court, 45, 1905.

¹²⁴ *CBM Geosolutions, Inc., v. Gas Sensing Tech., Wyo.*, 2009.

¹²⁵ *Cass. Soc.*, 10 juill. 2002, n° 00-45. 135.

¹²⁶ Cal. Bus. & Prof. Code § 16601.

¹²⁷ N.D. Cent. Code § 9-08-06.

conditions de validité de la clause de non-concurrence en droit américain : l'existence d'un écrit, la limitation dans le temps et la limitation dans l'espace¹²⁸. Le caractère raisonnable de ces limitations posées par la jurisprudence est déterminé au regard des circonstances de l'espèce. D'une manière générale, elles doivent avoir un but de protection légitime des intérêts de l'employeur et du salarié¹²⁹ et constituer un équilibre entre la nécessité pour le salarié d'exercer un emploi, la protection de l'employeur contre une concurrence déraisonnable et la préservation d'une économie de marché libre¹³⁰.

B) Les clauses de non-sollicitation de clientèle

Ces clauses se distinguent de la clause de non-concurrence par leur dualité de destinataires potentiels : elles consistent, en effet, soit à interdire à un employeur de recruter des salariés d'une autre entreprise, soit à interdire à un ancien salarié de recruter des salariés de l'entreprise dont il faisait partie.

En France, son particularisme réside dans son support. En effet, si la clause de non-concurrence est toujours stipulée dans le contrat de travail du salarié, la clause de non-sollicitation de clientèle peut aussi bien figurer dans un contrat commercial que dans un pacte d'actionnaires. Le régime juridique dont elles relèvent est ainsi différent : la clause de non-concurrence relève du droit du travail, tandis que la clause de non-sollicitation relève du droit commercial. La conséquence de cette différence est surtout juridictionnelle : ainsi, les litiges relatifs à la clause de non-sollicitation sont portés devant les juridictions commerciales et terminent devant la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Concernant la nature juridique de la clause de non-sollicitation, la Chambre commerciale a d'abord affirmé que "*la clause de non-sollicitation [...] ne constitue pas une clause de non-concurrence dont elle n'est ni une variante, ni une précision de celle-ci*"¹³¹. A cet effet, aucune contrepartie financière n'était considérée comme étant due à la stipulation d'une telle clause, pourtant attentatoire à la liberté du salarié. Sans toutefois remettre en cause la position de la Chambre commerciale, la Chambre sociale de la Cour de cassation a par la suite énoncé « *qu'en exécution de la clause de non sollicitation conclue entre son employeur et la société [...], le salarié n'avait pas pu être engagé par cette dernière [...] en a exactement déduit que cette clause avait porté atteinte à sa liberté de travailler et que son employeur devait l'indemniser du préjudice qu'il lui avait ainsi causé* ».¹³² Désormais, les juges reconnaissent un droit pour le salarié de se voir indemniser par son ancien employeur au titre du préjudice subi du fait de la restriction que la clause apporte à sa liberté de travailler. Il leur reste toutefois à préciser la nature juridique de la clause de non-sollicitation dont les contours, en l'absence de dispositions légales, demeurent flous.

Aux Etats-Unis, les *non-solicitation clauses* ne sont pas reconnues par tous les états. La Californie, qui prohibe également les clauses de non-concurrence, considère ainsi que de telles clauses sont réputées nulles et non écrites. Dans les états qui reconnaissent son existence, la clause de non-sollicitation doit rencontrer plusieurs conditions pour être valide. Ainsi, elle doit nécessairement être justifiée par la protection des intérêts de l'employeur, être étayée par une formulation claire et ne pas restreindre entièrement la liberté des parties de quitter la relation de

¹²⁸ Restatement (Second) of Contracts § 130.

¹²⁹ *Dumont v. Tucker, Sup. Ct. 1991.*

¹³⁰ *Simmons v. Miller, 261 Va. 561, 2001.*

¹³¹ *Cass. Com. 11 juill. 2006, n°04-20438.*

¹³² *Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-40547.*

travail¹³³. La limitation dans le temps et dans l'espace ne sont pas des conditions de validité d'une telle clause¹³⁴. De manière générale, les tribunaux considèrent avec une indulgence particulière l'existence des clauses de non-sollicitation, en accordance avec l'idéologie du droit du travail américain qui attache aux intérêts de l'employeur une importance prépondérante.

CHAPITRE 2. La conclusion du contrat de travail à durée indéterminée

Une fois la sélection des candidats opérée et la décision d'embaucher prise, il reste à l'employeur à procéder à la conclusion du contrat de travail avec le salarié. Bien que le Code du travail français pose que "*le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail*"¹³⁵, le contrat de travail à durée déterminée est de plus en plus usité, devenant le mode habituel d'entrée dans l'entreprise. Peu utilisé aux Etats-Unis où prévaut la doctrine de l'emploi at-will, plus flexible et avantageuse pour l'employeur, le contrat de travail à durée déterminée (*fixed-term contract*) accuse toutefois une certaine progression.

La densité du sujet nous obligera à traiter cette étude sous l'angle unique du contrat de travail à durée indéterminée et à temps complet, lequel reste la forme générale d'emploi. Le terme "contrat de travail" employé dans ce chapitre sera destiné à s'appliquer uniquement au contrat de travail à durée indéterminée et à temps complet. Ainsi, nous étudierons dans un premier temps la question de la qualification de contrat de travail (**Section 1**) ; puis dans un second temps nous étudierons la question de la corrélation entre lien de subordination et pouvoir unilatéral de l'employeur (**Section 2**).

Section 1. La qualification de contrat de travail

Le droit du travail s'applique aux salariés et aux employeurs, lesquels sont définis comme les parties à un "contrat de travail". La question de la définition du contrat de travail est alors devenue celle du champ d'application de la législation sociale. A cet égard, il convient de définir la notion de contrat de travail (**Paragraphe 1**). Aux Etats-Unis, il semble à première vue que le salarié soit davantage engagé dans une relation statutaire que contractuelle. La doctrine de *l'employment at-will* imprègne en effet le droit du travail américain dans son entiereté, mais elle souffre toutefois quelques exceptions (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La notion de contrat de travail

Le contrat de travail peut se définir comme le contrat écrit ou oral par lequel une personne physique (le salarié) s'engage à exécuter un travail sous la subordination d'une personne physique ou morale (l'employeur) en échange d'une rémunération. Il est fréquent aux Etats-Unis que la relation de travail se noue sans jamais avoir matériellement recours au contrat, les dispositions

¹³³ *Bradford v. New York Times*, 2d Cir., 1974.

¹³⁴ *H&R Block Eastern Enters. Inc. v. Morris*, 11th Cir., 2010.

¹³⁵ C.Trav., art. L.1221-2.

légales contrôlant en partie la relation. La définition du contrat de travail en droit américain reflète cette approche pragmatique : le contrat de travail est en effet "*l'accord ou le contrat entre l'employeur et un salarié par lequel les termes et conditions d'emploi sont définis*"¹³⁶. La législation américaine utilise le critère du *right to control*, soit le pouvoir de direction de l'employeur, pour établir l'existence d'une relation de travail.

En France, de manière surprenante, le Code du travail ne donne aucune définition du contrat de travail. En l'absence de définition légale, c'est donc la jurisprudence qui s'est chargée de le définir comme étant une convention par laquelle une personne, le salarié, s'engage à fournir une prestation de travail sous la subordination juridique d'une autre, l'employeur, en contrepartie d'une rémunération. Le contrat de travail est donc formé lorsqu'on est en présence de trois éléments : une rémunération, une prestation de travail et un lien de subordination. Le critère du contrôle, caractéristique de la subordination, est aussi essentiel en droit américain qu'en droit français. On notera cependant la nature ambivalente plus prononcée du contrat de travail français, dont la définition souligne son rôle normatif mais aussi son rôle acquisitif de la qualité de salarié. Si les parties contractantes sont en théorie libres d'établir le contrat de travail selon la forme qu'ils désirent¹³⁷, des restrictions existent. Il s'agit des règles formelles de conclusion (**A**) et des règles relatives aux conditions de fond et au contenu du contrat de travail (**B**).

A) Conditions de forme

En France, le Code du travail n'impose pas expressément la rédaction d'un écrit lors de la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée et à temps complet. Il n'est donc soumis à aucune forme particulière¹³⁸. Cependant, la directive 91/533/CE adoptée par le Conseil des communautés européennes le 14 octobre 1991 impose aux Etats membres une *obligation écrite d'information*. Les employeurs sont donc dans l'obligation d'indiquer dans un ou plusieurs écrits des informations concernant le lieu de travail, la description du travail, la rémunération, la durée des congés, la durée du travail journalière ou hebdomadaire. L'Etat français n'a pas jugé nécessaire d'imposer la rédaction d'un contrat écrit dans la mesure où les employeurs ont l'obligation de délivrer un bulletin de paie qui contient les dispositions prévues par la directive. Toutefois, cette règle générale souffre de très rares exceptions. Ainsi, dans certains cas, l'écrit s'impose comme une véritable condition de validité du contrat de travail¹³⁹.

Le contrat de travail peut être verbal¹⁴⁰ ou provenir de l'application d'une situation de fait. Il reviendra dans ce cas à la personne qui entend se prévaloir de l'existence d'un contrat de travail d'en apporter la preuve¹⁴¹.

Si la formalisation du contrat de travail par écrit n'est donc pas obligatoire, elle n'en reste pas moins nécessaire, notamment pour des raisons probatoires. L'écrit pourra alors prendre la forme d'un contrat rédigé en deux exemplaires et signé par les deux parties. Il pourra également se

¹³⁶ Black's Law Dictionary.

¹³⁷ C. Trav., art. L. 1221-1. En l'absence de disposition concernant la forme du contrat de travail, le droit américain laisse présumer une solution analogue.

¹³⁸ C. Trav., art. L. 1221-1.

¹³⁹ Il en va ainsi des contrats d'engagement maritime (C. Trav., art. R 7421-4) et de l'engagement d'un membre du personnel navigant de l'aéronautique civile (C. aviat., art. L. 423-1).

¹⁴⁰ Cass. Soc. 14 mars 1995, n° 91-43.788.

¹⁴¹ Cass. Soc., 13 nov. 1991, n° 89-41.297.

présenter sous la forme d'une lettre d'engagement unilatéralement établie par l'employeur, l'acceptation du salarié provenant de la seule exécution de la prestation de travail.

L'employeur et le salarié pourront rapporter la preuve du contrat de travail même lorsqu'ils n'ont pas rédigé un contrat écrit en double exemplaire. S'ils n'ont établi qu'un exemplaire unique du contrat, celui-ci vaut commencement de preuve par écrit et peut être complété par présomption ou par témoignage¹⁴². Même à défaut de tout écrit, le salarié peut recourir à la preuve par témoignage ou établir ses prétentions à l'aide de présomptions. L'employeur étant un commerçant au sens juridique du terme, le contrat de travail est à son égard un acte de commerce par accessoire ; le salarié peut donc, par application de l'article L. 110-3 du Code de commerce, prouver l'existence et le contenu du contrat de travail par tous moyens¹⁴³. Cependant, le droit reconnu au salarié de rapporter la preuve du contrat de travail par tous moyens ne doit pas dissimuler les difficultés qu'il sera susceptible de rencontrer pour établir l'étendue de ses droits. En pratique, la production d'un écrit correctement rédigé permettra d'éviter les complications d'ordre probatoire.

Le principe du consensualisme régit également la relation de travail aux Etats-Unis, où le contrat peut être valablement formé par écrit ou oralement¹⁴⁴. L'employeur et le salarié sont ainsi liés contractuellement dès lors que les termes de l'accord oral ne présentent aucune ambiguïté¹⁴⁵. Dès lors, l'existence d'un contrat de travail oral sera établie par le caractère non équivoque des termes employés¹⁴⁶. Les contrats de travail établis par écrit peuvent être valablement modifiés oralement¹⁴⁷. En l'absence d'accord écrit ou oral, la qualification de la relation de travail peut également se déduire du comportement des parties¹⁴⁸.

Les termes de la relation contractuelle qui lie l'employeur au salarié sont souvent contenus non pas dans un contrat de travail mais dans un document appelé *employment manual* ou *employment handbook*. La relation de travail étant souvent conclue oralement, il arrive que le *handbook* constitue la seule et unique source d'obligations contractuelles qui s'impose aux parties. Outre la description des devoirs et obligations qui incombent au salarié, ce document contient souvent le règlement intérieur de l'entreprise¹⁴⁹. En lui-même, le *handbook* n'a pas valeur de contrat et n'est donc pas source de droits¹⁵⁰. La relation de travail unissant le salarié à l'employeur est alors présumée *at-will*, c'est à dire que les parties peuvent y mettre fin à tout moment et pour tout motif. La jurisprudence ne reconnaît de valeur contractuelle au *handbook* que s'il remplit les conditions de validité des contrats de droit commun, ce qui inclut le consentement des parties¹⁵¹. Il sera alors considéré comme un contrat unilatéral, la remise du *handbook* par l'employeur constituant une offre et l'exécution de la prestation de travail par le salarié valant acceptation¹⁵². La responsabilité de l'employeur pourra alors être engagée sur la base des dispositions qui y figurent. Il reviendra au salarié de renverser la présomption *d'employment at-will* qui pèse sur la relation de travail et

¹⁴² Cass. Soc. 29 mai 1965, Bull. civ. IV, n°438.

¹⁴³ Cass. Soc. 10 janv. 1982, Bull. civ. IV, 28.

¹⁴⁴ *Carney v. Dexter Shoe Co.*, D.N.J. 1988.

¹⁴⁵ *Sarris v. Kuhn*, 3d Dept. 1995.

¹⁴⁶ *Labus v. Navistar Intern. Transp. Corp.*, D.N.J. 1990.

¹⁴⁷ *Almada v. Allstate Ins. Co.*, 9th Cir. 2002.

¹⁴⁸ *Crum v. Walker*, Iowa 1950.

¹⁴⁹ *Employment Law and Employment Discrimination : Essential Terms and Concepts*, Rebecca Hanner White, éd. Aspen Law & Business, 1998, p 19.

¹⁵⁰ *Fontaine v. Weekly Homes L.P.*, Tenn. Ct. App. 2003.

¹⁵¹ Voir notamment *Norberry v. Life Ins. Co. of North America*, (M.D. Tenn. 2009).

¹⁵² *Davis v. Connecticut General Life Ins. Co.*, M.D. Tenn. 1990.

d'apporter la preuve d'une violation des termes contractuels par l'employeur. Certains états requièrent toutefois du salarié qu'il apporte la preuve de sa connaissance des termes du *handbook* et de son intention de s'y soumettre pour leur reconnaître une valeur contractuelle¹⁵³.

L'employeur qui ne souhaite pas conférer au *handbook* une valeur contractuelle est libre d'y insérer une clause limitative de responsabilité (*disclaimer*). La plupart des tribunaux soumettent la validité d'une telle clause au respect de quatre conditions cumulatives : (1) la stipulation expresse que la relation de travail est en l'espèce at-will ; (2) la stipulation expresse que l'employeur se réserve le droit de modifier librement les termes de la relation de travail ; (3) la stipulation expresse que les termes du *handbook* n'engagent pas la responsabilité contractuelle de l'employeur (4) la clarté et la précision des termes employés. De manière concrète, la clause limitative de responsabilité doit faire apparaître clairement le droit pour l'employeur de mettre fin à la relation de travail à tout moment et sans justification : elle doit écarter la valeur juridiquement obligatoire de l'engagement contractuel. Une telle clause peut également être insérée dans le contrat de travail ou dans tout type de convention annexe au contrat ; le support importe peu¹⁵⁴.

B) Conditions de fond

Subordination juridique. Qu'il soit régi par le droit français ou le droit américain, le contrat de travail prend forme dès lors qu'une personne (le salarié) s'engage à travailler, moyennant une rémunération, pour le compte et sous la direction d'une autre personne (l'employeur). Selon la législation française, est subordonné celui qui fournit un travail sous l'autorité d'un employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution de la prestation, en contrôle l'accomplissement et en vérifie le résultat¹⁵⁵. Ce critère de la subordination juridique fut confirmé par un arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de Cassation le 13 novembre 1996 : "*le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné*".

Le droit américain détermine l'existence d'une relation de travail entre un employeur et un salarié à travers le critère a priori similaire du *right to control*, soit le pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur exercé sur le résultat de la mission confiée ainsi que sur son exécution¹⁵⁶. La relation qui lie un employeur à un salarié étant par essence contractuelle, la loi ne la réglemente pas¹⁵⁷. Il n'est ainsi fait mention dans aucune loi fédérale ou locale de l'existence d'un "contrat de travail" tel que nous le connaissons en droit français.

Outre le critère essentiel du *right to control*, il existe plusieurs facteurs permettant de déterminer l'existence d'une relation de travail entre l'employeur et le salarié. Ceux-ci ont été dégagés par la

¹⁵³ Hooks, 842 S.W.2d at 627.

¹⁵⁴ Voir *Leahy v. Federal Express Corp.*, S.D. N.Y. 1985 : la clause limitative de responsabilité peut être insérée dans un formulaire de demande d'emploi.

¹⁵⁵ Cass. Soc., 11 oct. 1961, Bull. civ., IV, n°845.

¹⁵⁶ Voir notamment *Interstate Fire and Cas. Co. v. Washington Hosp. Center Corp.*, 853 F. Supp. 2d 49 (D.D.C. 2012) et *Cormier v. McNeese State University*, 127 So. 3d 66 (La. Ct. App. 3d Cir. 2013).

¹⁵⁷ Employment Law and Employment Discrimination : Essential Terms and Concepts, Rebecca Hanner White, éd. Aspen Law & Business, 1998.

jurisprudence : le mode de paiement¹⁵⁸, la fourniture d'outils ou de matériel, le contrôle des lieux où le travail est effectué¹⁵⁹ et le droit pour l'employeur de mettre fin à la relation de travail.

Soumission aux règles du droit commun. Le droit français soumet le contrat de travail aux règles du droit commun¹⁶⁰. Le contrat de travail doit ainsi répondre aux quatre conditions essentielles à la validité de tout contrat posées par l'article 1108 du Code civil : le consentement des parties, la capacité des parties à contracter, un objet certain et déterminé, une cause licite dans l'obligation. Par contraste, la législation américaine n'impose aucune obligation aux parties souhaitant s'engager dans une relation de travail. Celle-ci étant par essence contractuelle¹⁶¹, l'employeur et le salarié sont libres de déterminer la nature et le contenu du contrat qui les lie l'un à l'autre. Toutefois, le contrat de travail est nul s'il ne repose pas sur une *consideration*, qui est en Common law la contrepartie promise par celui qui entend tirer un droit de la promesse faite à l'autre partie. En l'espèce, il s'agit de la rémunération due au salarié en contrepartie de l'exécution de sa prestation de travail. En droit comparé, la *consideration* est souvent assimilée à l'objet ou à la cause du contrat prévu aux articles 1108, 1132 et 1133 du Code Civil. Elle évoque l'idée de contreparties réciproques.

L'absence de formalisme imprègne la relation de travail, qui peut être consacrée selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter. Il est ainsi possible de conclure le contrat de travail à l'oral¹⁶². De même, un contrat de travail initialement conclu par écrit peut faire l'objet de modifications conclues oralement.¹⁶³ Si le droit du travail français applique également le principe du consensualisme à la conclusion du contrat de travail à durée indéterminée¹⁶⁴, la pratique est différente. Les conventions collectives peuvent ainsi imposer la formalisation de la relation de travail à durée indéterminée par la remise d'un contrat écrit. La conclusion orale d'un contrat de travail à durée indéterminée à temps plein oblige l'employeur à remettre au salarié un document écrit reprenant les informations contenues dans la déclaration préalable à l'embauche adressée à l'URSSAF. Enfin, une directive communautaire n°91-533 du 14 octobre 1991 fait obligation d'informer par écrit le salarié, dans un délai de 2 mois après l'embauche, des éléments essentiels de la relation de travail. Il s'agit de l'identité des parties, de la qualification, de la rémunération, de la date de début du contrat, de la durée de travail, de la mention de la convention collective applicable, de la durée des congés payés et du préavis. En pratique, pour des raisons évidentes de preuve, le contrat de travail à durée indéterminée est majoritairement conclu sous forme écrite.

Structure du contrat de travail et clauses illicites. En France, le contrat de travail est structuré sous forme de clauses qui organisent les droits et obligations du salarié et de l'employeur. Les différentes clauses du contrat de travail sont proposées par l'employeur au salarié qui est libre de les accepter ou de les refuser. Ces clauses peuvent être relatives à l'emploi (clause d'essai, clause de mobilité professionnelle, clause de non-concurrence...), aux conditions d'exécution du contrat ou à la détermination des règles applicables au contrat.

¹⁵⁸ *Cormier v. McNeese State University*, 127 So. 3d 66 (La. Ct. App. 3d Cir. 2013).

¹⁵⁹ *Builders Commonwealth, Inc. v. Department of Employment and Economic Development*, 814 N.W.2d 49 (Minn. Ct. App. 2012).

¹⁶⁰ C.Trav., art. L1221-1.

¹⁶¹ *Newsom v. Global Data Systems, Inc.*, La. Ct. App. 3d Cir. 2012.

¹⁶² *Yarbrough v. Camphor*, Miss. 1994.

¹⁶³ *Almada v. Allstate Ins. Co.*, 9th Cir., Arizona, 2002.

¹⁶⁴ C.Trav., art. L 1221-1.

Bien que les parties au contrat soient libres de choisir et de structurer la relation contractuelle qui les lie¹⁶⁵, cette liberté de choix comporte des limites. Outre les limitations générales apportées par le droit commun des contrats, l'illélicité de certaines clauses restreint l'étendue de la liberté contractuelle supposée des parties. En effet, l'employeur ne peut porter atteinte par une disposition contractuelle aux libertés individuelles du salarié¹⁶⁶, ce qui inclut notamment la liberté de conscience, la liberté de choix du domicile et la liberté du mariage. Il ne peut insérer dans le contrat de travail des clauses d'indexation des salaires sur l'indice des prix, le salaire minimum ou le niveau général des prix¹⁶⁷, des clauses attributives de juridiction¹⁶⁸, des clauses compromissaires¹⁶⁹ ou des clauses discriminatoires. Enfin, l'employeur ne peut prévoir par une clause du contrat de travail qu'une circonstance quelconque constituera une cause de licenciement¹⁷⁰.

Les clauses du contrat de travail doivent donc présenter un contenu conforme aux dispositions du Code du travail et/ou de la convention collective applicable en l'espèce et ne peuvent permettre à une partie du contrat de renoncer à appliquer ou à bénéficier d'un droit, d'une règle ou d'un principe prévu par le Code du travail et/ou la convention collective applicable.

Si les restrictions sont moindres en droit américain, certaines clauses sont également considérées comme illicites. Toute clause allant à l'encontre d'une disposition du droit fédéral ou local sera ainsi considérée comme nulle¹⁷¹. Les clauses discriminatoires sont notamment visées. Outre cette limitation générale, le droit américain fait montre d'un libéralisme certain. La raison en est simple : le contrat de travail écrit n'est pas la norme. Il n'est pas rare que la relation de travail entre le salarié et l'employeur se conclue de manière orale, sans chercher à en préciser les contours. De ce fait, il n'existe guère de nécessité pour le législateur américain de réglementer le contenu d'un contrat de travail dont l'existence matérielle ne constitue pas la norme. On citera toutefois le cas des clauses de non-concurrence. Illicites dans l'état de Californie, elles sont soumises à d'importantes restrictions dans les autres états. En principe limitées à une durée d'un an, les clauses de non-concurrence d'une durée de plus de deux ans peuvent ainsi être déclarées nulles.

Exigence de bonne foi. Aucun texte français ou américain ne formule une obligation générale de bonne foi dans la formation du contrat. Seule l'*exécution* de bonne foi du contrat est envisagée par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil français en vertu duquel les conventions doivent être exécutées de bonne foi et par la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 dite "de modernisation sociale" qui dans ses dispositions relatives au harcèlement moral a introduit un article L.1222-1 identique à la règle issue du Code civil¹⁷². Le *Restatement (second) of contracts*¹⁷³ américain de 1981 contient une disposition identique¹⁷⁴.

¹⁶⁵ "Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter". C. Trav., art. L 1221-1.

¹⁶⁶ "Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché", C. Trav., art. L120-2.

¹⁶⁷ C. Trav., art. L 141-9.

¹⁶⁸ C. Trav., art. L 121-3.

¹⁶⁹ C. Trav., art. L 511-1.

¹⁷⁰ Cass. Soc. 14 nov. 2000, n°98-42371, Bull. Civ. n°367.

¹⁷¹ Employment Law, Richard Carlson, éd. Wolters Kluwer, seconde édition, 2009, p. 255.

¹⁷² "Le contrat doit être exécuté de bonne foi".

Paragraphe 2. La doctrine de l'emploi at-will

Par contraste avec le droit français qui considère les relations de travail comme étant par nature inégalitaires et s'emploie à protéger le salarié en lui octroyant des droits, la législation américaine fait montre d'une souplesse étonnante. Ainsi, elle fait abstraction dans son application du caractère intrinsèquement inégalitaire de la relation entre l'employeur et le salarié. Cette conception ultra-libérale de l'emploi s'illustre par la prévalence de la doctrine at-will, qui s'applique dans tous les Etats excepté le Montana¹⁷⁵. Ce fort contraste dans la conception des relations de travail constitue une différence majeure, sinon essentielle, entre les législations sociales américaines et françaises. Nous étudierons donc dans un premier temps les règles générales de la doctrine de l'emploi at-will (A). L'accent sera mis dans un second temps sur les exceptions au principe de l'emploi at-will (B).

A) Règle générale

La doctrine de l'emploi at-will est une théorie de l'emploi discrétionnaire qui assure à l'employeur comme au salarié la possibilité de rompre le contrat de travail de manière unilatérale, sans préavis ni justification. Elle aurait vu le jour pour la première fois dans un traité de droit intitulé "*Master and Servant*", écrit en 1877 par Horace C. Wood. Ses origines restent toutefois incertaines : ainsi, pour une partie de la doctrine, il semble que l'emploi at-will ait été le principe bien avant la parution du traité de Horace C. Wood¹⁷⁶. En tout état de cause, la théorie de l'emploi discrétionnaire fut adoptée de manière progressive par les tribunaux¹⁷⁷ avant de devenir la règle de principe aux Etats-Unis. Objet de nombreuses controverses¹⁷⁸, notamment du fait de son caractère arbitraire, elle résista vaillamment aux tentatives d'abrogation. Ainsi le *Model Employment Termination Act* de 1991, projet de loi visant à prohiber tout licenciement sans justification valable, ne fut jamais promulgué.

Les raisons de l'épanouissement de cette théorie sont controversées. Certains auteurs estiment que la liberté d'entreprise, principe fondamental aux Etats-Unis, explique sa réception rapide par le droit ; d'autres pensent que la liberté contractuelle est le fondement du principe ; d'autres, encore,

¹⁷³ Un *restatement* est un recueil de règles qui définit le droit matière par matière. Outre le Restatement of Contracts, il existe ainsi un Restatement of Torts, of Agency... Son but est d'uniformiser et de simplifier le droit. Il n'est qu'une source de droit secondaire, néanmoins fort utilisé en pratique (Black's Law Dictionary).

¹⁷⁴ *Restatement (second of) contracts*, § 205 : "every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement".

¹⁷⁵ Le *Montana Wrongful Discharge from Employment Act* de 1987 interdit ainsi à l'employeur de procéder à tout licenciement qui ne serait pas justifié par une cause réelle et sérieuse (*good cause*).

¹⁷⁶ Melinda J. CATERINE, *Employment at-will, A state by state survey*, éd. Bloomberg BNA, 2015, p. 10.

¹⁷⁷ Voir notamment *Harrod v. Wineman*, 125 N.W. 812, 813 (Iowa 1910) ("... in this country it is held by an overwhelming weight of authority that a contract of indefinite employment may be abandoned at will by either party without incurring any liability to the other for damages. The cases are too numerous to justify citation, but see Wood's *Master and Servant*") et *Greer v. Arlington Mills Mfg. Co.* (Del.Super. 1899) ("We have no doubt that the great preponderance of the best-considered cases in this country recognize and affirm the rule laid down by Wood in his work on *Master and Servant*, and which he terms the 'American rule' [...]").

¹⁷⁸ La théorie de l'emploi at-will est régulièrement remise en cause par la doctrine, qui déplore son caractère injustement protecteur des intérêts de l'employeur.

attribuent l'expansion de la théorie de l'emploi discrétionnaire à la prudence excessive des juges, soucieux de laisser l'employeur seul juge des raisons de la rupture du contrat de travail.

Pour une définition claire de ce qu'est la théorie de l'emploi at-will, on se tournera vers cette décision rendue le 5 octobre 2000 par la Cour Suprême de Californie : "*an employer may terminate its employees at will, for any or no reason [...] the employer may act peremptorily, arbitrarily, or inconsistently, without providing specific protections such as prior warning, fair procedures, objective evaluation, or preferential assignment [...] the mere existence of an employment relationship affords no expectation, protectable by law, that employment will continue or will end only on certain conditions, unless the parties have actually adopted such terms.*"¹⁷⁹

Il convient de rappeler que l'emploi at-will ne constitue qu'une *default rule*, c'est à dire que c'est la forme d'emploi qui s'applique lorsque les parties n'ont convenu d'aucun terme ou durée déterminée à leur relation d'emploi ou lorsqu'elles n'ont soumis la rupture unilatérale de cette relation d'emploi à aucune condition ou formalité particulières. Ainsi, l'employeur qui ne souhaite pas appliquer cette forme d'emploi est notamment libre d'insérer dans le contrat de travail une clause appelée *just cause*¹⁸⁰ aux termes de laquelle il ne peut être mis fin au contrat de travail qu'en raison d'un "*comportement directement imputable au salarié qui porterait préjudice à l'employeur*"¹⁸¹.

A moins que le contrat établi entre l'employeur et le salarié n'en dispose donc autrement, la relation de travail pourra être "*terminable by either party at will*"¹⁸², c'est à dire que l'une ou l'autre des parties pourra mettre fin à la relation de travail de manière unilatérale et sans justification¹⁸³. Dans le cas particulier de l'employeur, il sera fondé à mettre fin au contrat de travail pour tout motif, la brutalité et le caractère arbitraire de la rupture ne garantissant aucun droit à réparation pour le salarié. Il ne peut toutefois rompre la relation de travail pour un motif qui serait contraire à la loi ou à l'ordre public¹⁸⁴. Inversement, un salarié peut démissionner de façon tout aussi spontanée pour les mêmes raisons, sans engager sa responsabilité envers l'employeur¹⁸⁵.

Une relation de travail est présumée être at-will lorsqu'elle est qualifiée par deux éléments distinctifs : elle est conclue pour une durée indéterminée, c'est à dire qu'elle ne comporte pas d'échéance ; et aucun terme du contrat ne prévoit expressément de motif légitime de rupture¹⁸⁶.

¹⁷⁹ *Guz v. Bechtel National Inc.*, 100 Cal. Rptr. 2d 352 (2000).

¹⁸⁰ "*Just-cause means a real cause for dismissal as distinguished from an arbitrary whim ; it is what a reasonable employer, acting in good faith in similar circumstances, would consider a good and sufficient reason for termination*" ('Lectric Law Library, 2001).

¹⁸¹ Atkinson, 2001.

¹⁸² *Andrews v. Louisville & Nashville R.R. Co.*, 406 U.S 320, 324 (1972).

¹⁸³ "*Unless an employment contract expressly specifies a term of employment, an employer may discharge an employee for a good cause, a bad cause, or no cause at all*", *Employment Relationships, Law and Practice*, Mark W. Bennett, Donald J. Polden, Howard J. Rubin, éd. Aspen Law & Business, 2015, p. 24.

¹⁸⁴ *D'Sa v. Playhut, Inc.*; *Cal. Ct. App. 2000* : "While an employer has the right to discharge an at-will employee for a good reason, for no reason, or even for an arbitrary or irrational reason, such an employee may not be terminated for an unlawful reason or a purpose that contravenes fundamental public policy".

¹⁸⁵ En pratique, certaines règles doivent cependant être respectées. Voir *infra*.

¹⁸⁶ Voir notamment *Schultze v. Continental Ins. Co.*, N.D. 2000.

Certaines cours préfèrent cependant utiliser le critère de l'absence de contrat pour présumer du caractère at will de la relation de travail¹⁸⁷.

L'aspect le plus important de la doctrine at-will est l'absence d'obligation pour la partie qui rompt la relation de travail de fournir un motif légitime. La jurisprudence reconnaît ainsi la possibilité pour l'une ou l'autre des parties de rompre la relation de travail "à tout moment, pour n'importe quelle raison ou sans raison" (*at any time, for any reason or no reason*)¹⁸⁸, "au mépris délibéré des droits du salarié" (*in gross or reckless disregard of any employee's rights*)¹⁸⁹, "sur un simple caprice" (*on a whim*)¹⁹⁰ ou "pour un motif légitime, un motif illégitime ou aucun motif" (*just cause, bad cause or no cause at all*)¹⁹¹. La rupture de la relation de travail peut même survenir avant même le commencement de celle-ci. Ainsi, la Cour d'appel du Connecticut a considéré dans un arrêt de 2007 que la doctrine at-will s'appliquait à tous les étapes de la relation de travail, ce qui autorise de fait l'employeur à rompre une promesse d'embauche sans justification¹⁹². Selon la Cour, "aucune distinction ne peut logiquement être faite entre l'offre de contracter et le contrat en lui-même lorsque l'emploi est at-will". De fait, "un individu qui quitterait son poste pour un autre doit avoir conscience qu'il ne dispose d'aucune garantie lui permettant de s'engager effectivement dans une nouvelle relation de travail". Mais si la flexibilité de la doctrine de l'emploi at-will bénéficie le plus souvent à l'employeur, il convient de ne pas oublier que la faculté de rompre la relation de travail est bilatérale. Le salarié est tout aussi fondé à initier la rupture de la relation de travail, sans préavis ni justification¹⁹³.

Le principal effet de la doctrine at-will réside dans le fait qu'aucune des parties au contrat ne peut voir sa responsabilité mise en cause en cas de rupture de la relation de travail ; il importe peu que celle-ci ait été arbitraire, abusive ou brutale. Cette flexibilité extrême de l'emploi pourra sembler impitoyable au juriste français en raison du risque qu'elle fait peser sur le salarié. Elle n'est toutefois que le reflet de l'idéologie ultra-libérale américaine et de l'idée selon laquelle l'employeur et le salarié sont engagés dans une relation égalitaire, chacun pouvant rompre la relation de travail à sa convenance et selon les modalités de son choix.

B) Exceptions au principe de l'*employment at-will*

Ainsi que nous l'avons vu, la doctrine de l'emploi at-will est le principe en vigueur sur le territoire américain. Il existe cependant une exception. L'état du Montana est ainsi le seul à avoir abandonné la doctrine de l'emploi at-will avec la promulgation du *Wrongful Discharge from Employment Act* (WDEA) de 1987. Cette loi prohibe tout licenciement qui ne serait pas justifié par un motif légitime¹⁹⁴ et confère au salarié le droit de remettre en cause la décision de licencier

¹⁸⁷ *Fitzgerald v. Salsbury Chem., Inc.*, 613 N.W.2d 275, 280 (Iowa 2000) : "Absent a valid contract of employment, an employment relationship is generally considered to be inherently indefinite and presumed to be at-will".

¹⁸⁸ *Huegerich v. IBP, Inc.*, 547 N.W. 2d 216, Iowa 1996.

¹⁸⁹ *Collins v. Rizkana*, 73 Ohio St. 3d 65, 1995.

¹⁹⁰ *Bigelow v. Bullard*, 901 P.2d 630, Nev. 1995.

¹⁹¹ *Caudill v. Dellinger*, N.C. Ct. App. 1998.

¹⁹² *Petitte v. DSL.net., Inc.*, Conn. App. Ct. 2007.

¹⁹³ *Lawrence Chrysler Plymouth Corp. v. Brooks*, 251 Va. 94, 1996.

¹⁹⁴ Une inaptitude au travail, un comportement inapproprié ou des difficultés économiques de l'entreprise sont considérées comme un motif légitime.

de l'employeur par une action en justice ou le recours à un arbitre. Elle couvre tous les salariés en poste depuis au moins six mois.

Les contrats de travail conclus pour une durée déterminée (*fixed-term* ou *stated-term contracts*) échappent *de facto* à la présomption de l'emploi discrétionnaire. L'employeur qui met fin au contrat de travail à durée déterminée avant son échéance peut ainsi faire l'objet de poursuites judiciaires pour rupture abusive s'il ne justifie pas d'un motif légitime (*just cause*). Ni la loi ni la jurisprudence ne définit ce qu'est un motif légitime ; les Cours de district se réfèrent en général au contexte de l'espèce pour déterminer le caractère abusif de la rupture. Toutefois, selon la jurisprudence, une conduite inappropriée, une inaptitude au poste occupé ou une faute grave de la part du salarié constituent des motifs légitimes de licenciement.¹⁹⁵ De manière générale, les difficultés économiques de l'entreprise ne constituent pas un motif légitime pour rompre un contrat de travail à durée déterminée.

La relation de travail conclue pour une durée indéterminée, en revanche, obéit à un tout autre régime. Les exceptions à la règle de l'emploi discrétionnaire se divisent alors en deux catégories distinctes : les exceptions contractuelles (*contract exceptions*) et les exceptions légales (*tort exceptions*). Les premières sont des restrictions qui trouvent leur origine dans les termes du contrat conclu entre l'employeur et le salarié. Ce contrat peut être écrit (ce sera notamment le cas d'un *employment handbook*) ou oral¹⁹⁶. Les termes du contrat devront spécifier de manière explicite la volonté des parties de renoncer à la règle de l'emploi at-will, notamment par l'instauration de conditions de validité en matière de licenciement ou l'affirmation que la relation de travail est prévue pour une durée déterminée¹⁹⁷.

Mais les exceptions contractuelles à la règle de l'emploi at-will peuvent également être implicites (*implied-in-fact contract*). La preuve de cette restriction implicite devra être rapportée par le salarié, à qui il revient de démontrer que l'employeur a indirectement ou directement évoqué l'existence de conditions de validité spécifiques en matière de rupture du contrat de travail¹⁹⁸. Les tribunaux prendront également en compte dans leur décision les circonstances spécifiques qui entourent la relation de travail, notamment son mode d'établissement, les relations entre l'employeur et le salarié, la politique de l'entreprise et tout autre fait distinctif¹⁹⁹. Certains états ne reconnaissent toutefois qu'une seule exception au principe de l'emploi at-will. C'est notamment le cas du Dakota du Sud, qui outre les exceptions légales qui s'imposent à tous les états ne reconnaît que les exceptions contractuelles trouvant leur source dans les termes de l'*employment handbook*. Les contrats conclus oralement ou les termes contractuels implicites sont donc exclus du champ d'application des exceptions au principe de l'emploi discrétionnaire.

¹⁹⁵ Employment Law and Employment Discrimination, Essential Terms and concepts, Rebecca Hanner White, éd. Aspen Law & Business, 1998, p. 15.

¹⁹⁶ Voir notamment *Richardson v. East River Elec. Power Coop. Inc.*, 531 N.W.2d 23 (S.D. 1995).

¹⁹⁷ *Worley v. Wyoming Bottling Co., Inc.*, 1 P.3d 615, 622 (Wyo. 2000) : "An express contract can overcome the presumption that employment for an indefinite period of time is at will. Parties can declare the terms of an express contract either orally or in writing. However, absent language that explicitly promises job security, an employee merely has a subjective understanding and expectation, which does not provide the basis for an employment contract".

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ *Scott v. Pacific Gas & Elec. Co.*, 11 Cal. 4th 454 (1995) : "An implied-in-fact "for cause" term may be proved from the course of conduct and oral representations of the employer, and the employer's policies, practices and communications".

Principe jurisprudentiel majeur du droit des contrats américain, la présomption de bonne foi et d'équité (*implied covenant of good faith and fair dealing*²⁰⁰) qui pèse sur les parties à tout contrat est reconnue comme une exception à la règle de l'emploi at-will dans certains états. Le salarié sera alors fondé à intenter une action en justice sur la base de la violation par l'employeur du principe de bonne foi²⁰¹. Mais qu'entend-t-on par le terme "bonne foi" ? En l'absence de définition générale, il faudra se référer aux décisions rendues par les Cours. On citera notamment l'arrêt *Sorensen v. Comm Tek., Inc.* (1990), dans lequel la Cour Suprême de l'Idaho reconnaît le principe de bonne foi et d'équité comme une exception à la règle de l'emploi at-will : "*any action by either party which violates, nullifies or significantly impairs any benefit of the employment contract is a violation of the implied-in-law covenant*". Cela signifie que l'action de l'une ou l'autre des parties au contrat de travail, qui aurait pour conséquence d'altérer ou de violer le droit à son cocontractant de bénéficier des effets du contrat, constitue une violation du principe de bonne foi.

Par contraste avec les exceptions contractuelles qui peuvent elles-mêmes souffrir d'exceptions, les exceptions légales sont d'application stricte. La plus largement reconnue aux Etats-Unis est l'exception relative à la *public policy*, c'est à dire l'ordre public. Le principe qui sous-tend cette exception est simple : ainsi, si les salariés at-will peuvent voir leur contrat rompu sans raison et même pour une raison objectivement absurde ou arbitraire, il ne saurait y avoir de droit de licencier un salarié pour un motif qui contreviendrait à l'ordre public²⁰².

Le droit américain prévoit que tout contrat dont les dispositions constituent une violation de l'ordre public est nul²⁰³. Cette règle d'ordre générale s'applique de fait aux contrats de travail et à leur exécution. L'arrêt de la Cour de district de Virginie Occidentale *Feliciano v. 7-Eleven, Inc.* (2001) définit l'ordre public comme étant un "*principe selon lequel aucun individu ne peut porter atteinte aux autres citoyens ni au bien public [...]*".

Un autre arrêt de la Cour Suprême de l'Illinois *Palmateer v. International Harvester Co.* (1981) définit l'ordre public de la façon suivante : "*There is no precise definition of the term. In general, it can be said that public policy concerns what is right and just and what affects the citizens of the State collectively. It is to be found in the State's constitution and statutes and, when they are silent, in its judicial decisions. Although there is no precise line of demarcation dividing matters that are the subject of public policies from matters purely personal, a survey of cases in other States involving retaliatory discharges shows that a matter must strike at the heart of a citizen's social rights, duties, and responsibilities before the tort will be allowed [...]. The cause of action is allowed where the public policy is clear, but is denied where it is equally clear that only private interests are at stake [...]*".

Ainsi tout acte est considéré comme une violation de l'ordre public lorsqu'il a pour effet de porter atteinte aux citoyens de manière collective et lorsqu'il entraîne des enjeux qui outrepassent les pourtours de la sphère privée. Les sources de l'ordre public sont la Constitution, la loi et la jurisprudence. Certaines cours considèrent également les codes de conduite professionnelle comme étant une source de l'ordre public²⁰⁴.

²⁰⁰ Dégagée en 1933 par l'arrêt de la Cour d'appel de New York *Kirke La Shelle Company v. The Paul Armstrong Company*, la présomption de bonne foi et d'équité stipule que les parties à un contrat doivent s'abstenir de tout acte ayant pour effet d'annihiler le droit de l'autre partie à bénéficier des fruits du contrat.

²⁰¹ *Miller v. Massachusetts Mut. Life Ins. Co.* (1995) : "The covenant does not lend itself to precise definition, but it requires at a minimum that an employer not impair the right of an employee to receive the benefits of employment agreement".

²⁰² E. COURTOIS-CHAMPENOIS, préc., note 706, p. 98.

²⁰³ *Martin Marietta Corp. v. Lorenz*, 823 P.2d 519 (Colo. 1996).

²⁰⁴ *Sedlacek v. Hillis* (Wash. 2001).

De façon plus concrète, l'exception relative à l'ordre public est reconnue par le juge dans les cas où un salarié at-will a fait l'objet d'un licenciement : suite à l'exercice d'un droit garanti par la loi²⁰⁵ ; pour avoir accompli un devoir que la loi lui impose²⁰⁶ ; pour avoir refusé de commettre un acte illégal²⁰⁷ ; pour avoir coopéré avec les autorités policières dans le cadre d'une enquête²⁰⁸ ; pour avoir dénoncé la commission d'infractions criminelles²⁰⁹.

L'absence de cadre délimitant de manière officielle les contours de l'ordre public ne doit cependant pas laisser croire que sa portée est illimitée. Ainsi que l'a rappelé la jurisprudence, l'exception d'ordre public ne protège pas le salarié des "*jugements hâtifs, de l'imprudence ou de l'absence de valeurs morales de l'employeur*"²¹⁰. En effet, si les limitations de la doctrine at-will nécessitent pour l'employeur de respecter les dispositions constitutionnelles, législatives et jurisprudentielles en vigueur, rien ne l'empêche d'user librement du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré.

Section 2. Lien de subordination et pouvoir unilatéral de l'employeur

L'état de subordination est la capacité pratique, pour l'employeur, de diriger, de contrôler et de sanctionner le travailleur. La subordination juridique est un effet spécifique, caractéristique de l'espèce *contrat de travail* puisqu'elle ne se retrouve dans aucun autre contrat (**Paragraphe 1**). Contrepartie directe de ce lien de subordination, le pouvoir unilatéral de l'employeur est également une faculté concédée par le contrat de travail (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La subordination juridique : effet caractéristique du contrat de travail

La Cour de cassation reconnaît un "*lien de subordination inhérent au contrat de travail*"²¹¹. Dès lors, l'état de subordination constitue vraisemblablement un, sinon *le* critère du contrat de travail (**A**). A cet effet, il conviendra d'étudier plus précisément la manière dont s'établit la preuve de l'état de subordination (**B**).

A) L'état de subordination : critère du contrat de travail ?

Selon la doctrine, le contrat de travail est constitué en droit français par trois éléments distincts : une prestation de travail ; une rémunération ; un lien de subordination juridique²¹². De la qualification de contrat de travail dépend l'application du droit du travail, qui est d'ordre public. Dès lors, pour déterminer si telle ou telle relation doit être qualifiée de contrat de travail, le juge

²⁰⁵ *Wright v. Shriners Hospital for Crippled Children, 1988*. La Cour Suprême du Massachussets a résumé l'exception relative à l'ordre public dans les termes suivants : "*Thus, redress is available for employees who are terminated for asserting a legally guaranteed rights (e.g. filing workers' compensation claim), for doing what the law requires (e.g., serving on a jury), or for refusing to do what the law forbids (e.g., committing perjury).*"

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ *Shea v. Emmanuel College, 425 Mass. 761 (1997)*.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ *Hayes v. Eateries, Inc. (Okla. 1995)*.

²¹¹ Pour un usage de cette expression, voir Cass. Soc. 28 mai 2009, n° 08-15.687.

²¹² Droit du travail, Brigitte Hess-Fallon, Sandrine Maillard-Pinon, Anne-Marie Simon, éd. Sirey, coll. Aide-mémoire, 2013.

ne peut se fonder sur les clauses du contrat, ni sur sa dénomination, ni sur la commune volonté affichée par les parties²¹³. Il est contraint de se pencher sur la pratique des parties pour tenter de caractériser l'existence d'un lien de subordination. L'objet de la preuve du contrat de travail réside donc dans l'établissement d'une subordination juridique.

Le critère du lien de subordination est essentiel car c'est celui qui permet de distinguer le contrat de travail d'autres types de contrats et d'identifier les parties au contrat de travail que sont l'employeur et le salarié. Nous l'avons vu, la subordination juridique du travailleur est l'essence même du contrat de travail en France et souvent de la relation salariée aux Etats-Unis. La jurisprudence française a ainsi dégagé le critère de la subordination juridique comme signe distinctif du contrat de travail. La subordination a été définie par l'arrêt Société Générale du 13 novembre 1996²¹⁴. Cette définition énonce : "*le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements*".

L'arrêt Labanne du 19 décembre 2000²¹⁵ est venu élargir la notion de lien de subordination en y réintroduisant une conception subjective, c'est à dire une idée de dépendance du salarié vis-à-vis de son employeur se déduisant des *conditions de fait* dans lesquelles est exécutée la prestation de travail. Le juge français considère donc qu'est un salarié la personne qui se soumet contractuellement à l'autorité de l'employeur, lequel donne des ordres relatifs à l'exécution du travail, en contrôle la réalisation et en vérifie les résultats²¹⁶. Les juges américains sont familiers de cette logique héritée du XIXème siècle. A cette époque, il convenait de définir qui étaient *servants* afin de se prononcer sur l'éventuelle responsabilité du maître en cas de dommages causés par ces personnes. Les juges examinaient alors l'étendue du contrôle exercé par le maître sur les travailleurs. Connu sous le nom de *right to control test*, ce critère développé par les juges anglais fut ensuite adopté par leurs homologues américains²¹⁷. Il consiste à déduire des circonstances de l'espèce le lien de subordination qui lie l'employeur au salarié. Le critère américain du *right to control* répond à une logique identique à la logique française : le pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur, exercé sur le résultat de la mission confiée ainsi que sur son exécution, démontre le caractère salarié de la relation²¹⁸.

B) La preuve de l'état de subordination

En France comme aux Etats-Unis, la preuve de l'état de subordination s'établit à l'aide d'un faisceau d'indices²¹⁹. En droit français, aucune définition légale ne décrit avec précision l'identité de ces indices. C'est la jurisprudence qui a permis de les dégager. Ainsi, la détermination du lieu de travail²²⁰, des horaires²²¹, la fourniture de matériel²²² sont autant d'éléments qui permettent

²¹³ Voir notamment *Cass. Soc., ass. plén., 4 mars 1983*.

²¹⁴ *Cass. soc. 13 nov. 1996, Grands arrêts, n°2, Dr. Soc. 1996. 067*.

²¹⁵ *Cass. soc. 19 déc. 2000, Dr. Soc. 2001. 227*.

²¹⁶ Gilles AUZERO et Emmanuel DOCKES, *Droit du travail*, Dalloz, éd. Précis, 29e édition, 2015, p.235.

²¹⁷ Estelle COURTOIS-CHAMPENOIS, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p.401.

²¹⁸ Voir par exemple *United States v. Wholesale Oil Co., 1946* : en principe, si l'employeur ne contrôle que le résultat et non l'exécution du travail, la relation de travail n'est pas salariée.

²¹⁹ Voir par exemple *Speen v. Crown Clothing Corp., 1996* : le contrôle exercé par l'employeur sur le travail du salarié s'établit par une diversité de critères.

²²⁰ Voir par exemple *Cass. Soc. 17 juin 1982, Bull. Civ. V, n°403*.

d'établir un lien de subordination juridique entre l'employeur et le salarié. Les juges s'intéressent également au comportement du travailleur. Le travailleur qui se met au service exclusif d'un employeur est ainsi habituellement considéré comme un salarié²²³. Enfin, si le salaire est nécessaire à l'établissement de la relation de travail salariée, le mode de rémunération importe peu²²⁴.

A l'instar de la loi française, la législation américaine n'apporte aucune définition des indices de subordination. Deux séries de critères guident néanmoins la démarche du juge, l'une émanant de l'administration fiscale, l'autre du *Restatement (second) of agency*²²⁵. Le document émis par les services fiscaux dresse une liste de vingt critères²²⁶ ; quant au Restatement, il les limite à dix²²⁷. Ces longues énumérations comportent des indices familiers au juge français : ainsi, la détermination du lieu de travail, le mode de rémunération, la fourniture de matériel et les instructions patronales sont des indications communes au droit français et américain. On note en revanche la présence d'éléments non pris en compte par le juge français, tels que la durée de la relation de travail²²⁸ et l'idée que se font les parties de leur propre relation²²⁹.

Ces deux textes n'ont aucun caractère obligatoire. Toutefois, la liste de treize indices dressée par la Cour Suprême²³⁰ s'en inspire largement : on y retrouve des critères classiques tels notamment la détermination du lieu de travail, la durée de la relation de travail et le mode de rémunération. D'une manière générale cependant, constitue un indice probant la faculté laissée à l'employeur de rompre discrétionnairement le contrat de travail²³¹. Le critère de la subordination juridique en droit français et le *right to control test* américain semblent a priori comparables. Toutefois, les indices permettant de conclure à l'existence d'un lien de subordination ne sont pas exactement similaires. Que ce soit en France ou aux Etats-Unis, aucun indice n'est à lui seul déterminant pour

²²¹ Voir par exemple *Cass. Soc. 28 avril 1980, Bull. Civ. V, n°363* ; *CA Versailles, 17 oct. 1995, RJS 1/1996, n°88* : l'absence de tout horaire de travail imposé permet d'exclure l'existence d'un lien de subordination.

²²² *Cass. Soc. 7 déc. 1983*.

²²³ *Cass. Soc. 8 fév. 1979, Bull. Civ. V, n°129*.

²²⁴ *CA Nancy 4 mai 1992, RJS 11/1992, n°1320* : il importe peu que le salarié soit exclusivement rémunéré par des commissions.

²²⁵ Voir note § 95.

²²⁶ Ces vingt critères sont : les instructions données, la formation offerte, l'intégration dans un service organisé, le service rendu personnellement, la possibilité pour le travailleur d'embaucher du personnel, la continuité de la relation, l'horaire de travail, un travail à plein temps, le lieu de travail, la détermination de l'ordre des tâches à effectuer, la rédaction de rapports écrits ou oraux, le mode de rémunération, le remboursement des frais, la fourniture de l'outillage, l'investissement, la participation aux profits et aux pertes, la pluri-activité, la possibilité de rendre les mêmes services à tout client, le droit de licencier, et le droit de mettre un terme à la relation.

²²⁷ Ces dix critères sont : l'étendue du contrôle de l'employeur sur tous les détails de l'activité du travailleur, la pluri-activité, l'activité du travailleur et le contrôle habituel de cette activité, les compétences requises pour ce type d'activité, la fourniture de l'outillage et des locaux nécessaires à l'exercice de l'activité, la durée de la relation de travail, le mode de rémunération, l'insertion des tâches effectuées dans l'activité régulière de l'entreprise, l'idée que se font les parties de leur relation et la qualité de professionnel de l'employeur.

²²⁸ *Restatement (second) of agency*, section 220(2) (f). En France, l'article L.120-3 du Code du travail (aujourd'hui abrogé) introduit par la loi Madelin de 1994 qui posait une présomption de non-contrat de travail utilisait le critère de la durée de la relation de travail pour renverser cette présomption. L'individu était en effet lié par un contrat de travail dès lors qu'il était placé dans un "lien de subordination juridique permanente".

²²⁹ *Restatement (second) of agency*, section 220(2) (i).

²³⁰ *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Darden, 1992*. Les critères posés par la Cour Suprême sont les suivants : la possibilité de contrôler le résultat et les moyens d'effectuer le travail, la fourniture d'outils, les compétences requises, le lieu de travail, la durée de la relation de travail, la possibilité d'imposer des travaux supplémentaires, la discrétion laissée au travailleur pour décider de son emploi du temps, le mode de rémunération, la possibilité offerte au travailleur d'embaucher du personnel, l'insertion des tâches effectuées dans l'activité régulière de l'entreprise, la qualité de professionnel de l'employeur, les avantages sociaux offerts au travailleur et l'éventuel prélèvement à la source des impôts du travailleur.

²³¹ *McKee v. Brimmer, 5th Circ. 1994*.

établir l'existence d'un tel lien. En pratique, les juges américains tendent à insister davantage que leurs homologues français sur le pouvoir de contrôle de l'employeur et sur l'idée que se font les parties de leur relation. Ainsi, la plupart des Cours reconnaissent l'existence d'une relation de travail lorsqu'il est apporté la preuve que les parties avaient *l'intention* de se livrer à une telle relation²³². Parallèlement à l'application du critère de la subordination juridique, les juges américains ont retenu un nouveau critère afin de pallier les faiblesses du premier : ainsi est né le critère de la dépendance économique. Ce même critère fut proposé en droit français au début du XXème siècle. Bien qu'il ait eu les faveurs d'une partie de la doctrine, son caractère incertain inspira aux juges de nombreuses hésitations. Dans les années 1930, l'administration tenta d'en imposer la mise en oeuvre par le biais d'une circulaire du Ministère du Travail mais elle se heurta à l'hostilité prétorienne. La Cour de cassation affirma en effet dans l'arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931 que « *la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties [...]* ». Par cet arrêt, le critère de la subordination juridique comme qualifiant le contrat de travail fut consacré aux dépens de la dépendance économique. Plus large, il est aussi davantage caractéristique de la condition sociale du salarié.

Par contraste avec le droit français qui se satisfait du critère traditionnel de la subordination juridique dans la qualification du contrat de travail, le droit américain privilégie une approche globale, laquelle ne fait pas abstraction du contrôle exercé par l'employeur sur le salarié. Cette approche prend en compte l'ensemble des circonstances de l'espèce²³³ : la personne travaille-t-elle pour autrui ou est-elle établie à son propre compte ? L'employeur putatif exerce-t-il un pouvoir de contrôle sur le travailleur ? La relation de travail entre l'employeur et la personne s'inscrit-elle dans la durée ? Ces critères non exhaustifs, destinés à appréhender les circonstances globales entourant la relation de travail, sont contenus dans le *Fair Labor Standards Act* de 1938 et constituent ce que le droit américain nomme le *economic realities test*. Sont ainsi salariés ceux dont la situation économique les rend dépendant de la personne pour laquelle ils rendent leurs services²³⁴. En effet, ainsi que l'a affirmé l'arrêt de la Cour d'appel fédérale de cinquième circuit *Usery v. Pilgrim. Equipment Co.* (1976) : "*it is dependence that indicates employee status*".

Le critère de la dépendance économique permet donc d'étendre la qualification de salariat à des individus qui en seraient privés par la notion de subordination juridique. Le droit français, s'il rejette le seul critère de la dépendance économique pour qualifier le contrat de travail, n'y est cependant pas totalement étranger. S'il se satisfait du critère de la subordination juridique pour qualifier le contrat de travail, ainsi que nous l'avons vu, la situation économique et sociale du travailleur est également prise en compte : par exemple, son intégration dans un service organisé. Les présomptions de salariat jouent un rôle identique²³⁵. Le mouvement d'extension du salariat en droit français a donc progressé par la prise en compte sous-jacente de la dépendance économique à l'égard d'autrui²³⁶.

²³² *Mortgage Consultants, Inc., v. Mahaney* (1995).

²³³ *Dole v. Snell*, 10th Cir. 1989.

²³⁴ *Bartels v. Birmingham*, U.S. Supreme Court, 1947.

²³⁵ Cf. art. L. 721-1 C.Trav. (travailleurs à domicile) ; art. L. 761-2 C. Trav. (journalistes professionnels) ; art. L. 751-1 C. Trav. (VRP) ...

²³⁶ Voir notamment *Cass. Soc. 19 déc. 2000, Labanne* : par cet arrêt, la Cour de Cassation reconnaît la dépendance économique comme indice subsidiaire de l'existence du contrat de travail.

Paragraphe 2. Pouvoir de l'employeur et contrat de travail

Le pouvoir de l'employeur est d'abord un fait, issu de la domination économique. Il fut longtemps nié par le droit français : il était en effet inconcevable d'accorder à une personne privée un pouvoir juridique, lequel était reconnu comme une prérogative de puissance publique. Pour cette raison, la reconnaissance du pouvoir de l'employeur fut tardive²³⁷. Selon la jurisprudence actuelle, le pouvoir juridique est une faculté concédée par le contrat de travail. Tout contrat de travail confère, par définition, un tel pouvoir : il existe un "*lien de subordination inhérent au contrat de travail*"²³⁸. Aux Etats-Unis, le pouvoir de l'employeur se traduit en prérogatives de *droit de contrôle*. Il est également issu de la relation de travail. A cet égard, on s'attachera en premier lieu à analyser la théorie contractuelle du pouvoir (A), puis à étudier en second lieu le pouvoir de direction de l'employeur (B).

A) Le pouvoir issu du contrat : la théorie contractuelle du pouvoir

Identifier ce que le contrat fixe et ce qu'il laisse soumis au pouvoir de l'employeur est une question essentielle en droit français. Elle relève, en principe, de l'interprétation de la volonté des parties ; mais elle concerne aussi l'ordre public. Il s'agit en effet de délimiter les frontières du pouvoir conféré à l'employeur. Cette délimitation apparaît nécessaire : en effet, si "*dans un contrat civil la volonté s'engage, dans un contrat de travail la volonté se soumet*"²³⁹.

L'ordre public se manifeste d'abord au travers des droits fondamentaux des personnes, qu'un pouvoir trop étendu pourrait atteindre. Ces droits peuvent être légalement ou constitutionnellement protégés. En droit français, l'ordre public se manifeste également au nom du droit commun des obligations. Le Code civil contient notamment un article 1174 qui prohibe les conditions potestatives et un article 1129 qui exige des obligations contractuelles qu'elles aient un objet déterminé ou déterminable. En droit du travail, ces règles emportent une exigence de délimitation contractuelle du pouvoir de l'employeur.

Dans l'histoire de l'agencement du contrat et du pouvoir, le droit du travail occupe une place majeure, d'une part du fait de l'ancienneté de la reconnaissance, en la matière, d'une présence simultanée du pouvoir et du contrat, et d'autre part du fait du caractère fondateur, pour la matière, de cette reconnaissance. Le pouvoir de l'employeur sur ses salariés est ainsi présent en droit français notamment sous les noms de pouvoir de direction, de pouvoir disciplinaire et de pouvoir réglementaire de l'employeur. Le droit américain, par contraste, déploie une conception unitaire du pouvoir de l'employeur, le *right to control*. Ce dernier contient l'ensemble des prérogatives dévolues à l'employeur : le pouvoir d'organiser la relation de travail ainsi qu'il l'entend, le pouvoir de sanctionner, le pouvoir d'édicter des règles.

Le fait du pouvoir est premier. Autrefois, les employeurs exerçaient leur pouvoir en l'absence de toute réglementation de la loi ou du contrat. Cette primauté historique a pu conduire certains

²³⁷ On peut la dater de 1931, date de l'arrêt *Bardou* par lequel la subordination juridique devient l'essence et le critère du contrat de travail : *Cass. Civ. 6 juill. 1931; Bardou, DP 1931.*

²³⁸ *Cass. Soc. 28 mai 2009, n°08-15.687.*

²³⁹ Alain Supiot.

auteurs à considérer que le pouvoir reconnu juridiquement à l'employeur résultait directement du pouvoir qu'il détenait en fait. Les rapports de domination existant en pratique étaient alors reconnus comme pouvant accéder d'eux-mêmes à la vie juridique, sans que le concours d'une source formelle du droit ne soit requis.

Mais dans un système juridique démocratique, les principes d'égalité et de liberté interdisent de traiter le pouvoir comme un fait auquel le droit doit se soumettre. Ce n'est que par exception et sous condition d'autorisation par une norme d'habilitation qu'un pouvoir juridique peut être reconnu. En droit, si le salarié est tenu d'obéir à l'employeur, ce n'est pas parce que ce dernier est naturellement un chef, ni parce qu'il est en fait puissant, ni parce que cela découle de sa puissance économique. Aucun de ces faits ne peut constituer une norme juridique d'habilitation. Une telle norme ne peut pas non plus être découverte dans la loi qui ne mentionne pas le pouvoir de direction de l'employeur, ni dans la jurisprudence qui ne fait que reconnaître son existence. Seul le contrat de travail est ainsi reconnu comme norme d'habilitation du pouvoir juridique de l'employeur en droit français et américain. Cette interprétation est la seule qui permette d'identifier la source juridique du pouvoir et l'élément essentiel de sa justification. En effet, c'est bien parce que le salarié a consenti implicitement ou explicitement par contrat au pouvoir de l'employeur qu'il y est juridiquement soumis. Le salarié est subordonné à l'employeur parce qu'il y a consenti, et dans la limite où il y a consenti. On reconnaît alors le contrat individuel comme la source du pouvoir juridique de l'employeur et comme sa première limite. Ce pouvoir juridique, désigné du point de vue du salarié comme la "subordination juridique", se comprend comme une clause implicite de tout contrat de travail²⁴⁰.

B) Le pouvoir de direction de l'employeur

La seule qualité d'employeur suffit à conférer des droits à l'encontre des salariés. En la matière, les droit français et américain ne se distinguent non pas par la remise en cause du pouvoir de l'employeur, les prérogatives patronales étant tacitement acceptées dans les deux pays, mais par l'étendue et le contrôle de ce pouvoir. Il faut noter à cet égard que les juristes américains emploient le terme *droits* de l'employeur et non celui de *pouvoir*²⁴¹. Cette terminologie est le reflet des conceptions libérales américaines, lesquelles font abstraction du caractère intrinsèquement inégalitaire de la relation entre l'employeur et le salarié. Par contraste, le droit français concède à l'employeur un *pouvoir* unilatéral. Ce terme évoque de manière implicite la souveraineté de l'employeur et le caractère nécessairement inégalitaire de la relation qui le lie au salarié. Ainsi que nous l'avons vu, la France et les Etats-Unis sont deux systèmes juridiques différents et se distinguent notamment par leurs fondements historiques. Il ne fait aucun doute que la protection du modèle libéral séculaire constitue l'assise principale de la puissance de l'employeur aux Etats-Unis. De ce fait, la théorie de l'emploi discrétionnaire confère à l'employeur une omnipotence, une autorité qui souffre de peu de restrictions. Elle ne touche pas seulement le droit du licenciement : l'employeur en bénéficie également lorsqu'il exerce son pouvoir disciplinaire, et plus généralement son pouvoir de direction²⁴². Le caractère inégalitaire

²⁴⁰ E. Dockès, *Notion de contrat de travail*, Dr.Soc. 2011.548.

²⁴¹ En droit américain, l'employeur est investi du *droit de contrôle*, en anglais "right to control".

²⁴² Voir par exemple *Albrant v. Sterling Furniture Co.*, 85 Or.App. 272, p.275 (1987) : l'employeur pouvant licencier à tout moment son salarié pour quelque raison que ce soit, il peut également modifier le contrat de travail à condition que ces modifications ne soient pas rétroactives.

et unilatéraliste du pouvoir est ainsi particulièrement exacerbé en droit du travail américain. En l'absence d'une délimitation réelle des frontières de la soumission au travail, les salariés américains ne disposent d'aucune protection contre le comportement arbitraire ou inadéquat de l'employeur. Le contrat de travail est ainsi susceptible d'être rompu à tout instant sans la nécessité d'un motif légitime et la responsabilité de l'employeur ne peut pas être engagée²⁴³. L'employeur est également fondé à édicter toute norme qu'il estime raisonnable²⁴⁴. Le salarié est tenu d'obéir aux règles, ordres et instructions prescrits par l'employeur²⁴⁵. Le devoir d'obéissance dû par le salarié à l'employeur est déduit de la simple existence du contrat de travail²⁴⁶.

Le pouvoir de direction de l'employeur est donc un pouvoir souverain. Il a une légitimité historique et idéologique rattachée notamment à la liberté contractuelle. Cependant, il convient de noter qu'un certain nombre de dispositions légales viennent restreindre le champ d'action de l'employeur²⁴⁷. En outre, les salariés qui s'estiment lésés par un acte de l'employeur peuvent agir sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle (*tort law*). La diffamation²⁴⁸, le non-respect de la vie privée²⁴⁹, le harcèlement moral²⁵⁰, le non-respect des règles d'hygiène et de sécurité et l'inaptitude de l'employeur à former de manière effective le salarié²⁵¹ constituent ainsi des fondements sur lesquels le salarié est disposé à agir.

Par contraste, le droit du travail français montre une tendance certaine à l'affirmation des droits de la personne. De nombreuses dispositions légales délimitent ainsi les frontières du pouvoir de l'employeur. Le droit français ne confère pas de *droits* à l'employeur : il place entre ses mains un *pouvoir*, dont la première limite réside dans le contrat de travail. Comme tout pouvoir, il doit être respectueux des droits fondamentaux. La première application explicite des droits de l'homme en droit du travail date de l'arrêt du Conseil d'Etat *Peintures Corona* du 1er février 1980. Cet arrêt affirme que "*lorsque le chef d'entreprise exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus [...] pour assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail, il ne peut apporter au droit de la personne que les restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché*". Deux ans plus tard, la loi du 4 août 1982 introduisit dans le Code du travail la prohibition des discriminations et affirma l'obligation de respecter les droits et libertés fondamentaux dans le règlement intérieur²⁵². Il fallut attendre une décennie de plus pour que la loi du 31 décembre 1992 généralise cette application des droits et libertés fondamentaux à l'ensemble du droit du travail²⁵³.

²⁴³ Hors cas spécifiques ; voir *supra*.

²⁴⁴ *Lachenmyer v. Didrickson*, 4th. Dist. 1994.

²⁴⁵ *Deason v. Mobil Oil Corp.*, La. Ct. App. 1st Cir. 1981.

²⁴⁶ *Dixon v. Stoam Industries, Inc.*, Mo. Ct. App. S.D. 2007.

²⁴⁷ On citera notamment le *Equal Pay Act* de 1963 qui consacre le principe d'égalité de traitement entre les salariés et le *Civil Rights Act* de 1964 qui prohibe la discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe et l'origine.

²⁴⁸ Voir notamment *Snyder v. AG Trucking, Inc.*, 6th Cir. 1995 et *Jensen v. Hewlett-Packard Co.*, 14 Cal. App. 4th 958 (1993) : l'allégation de faits portant atteinte à la dignité et à la réputation de la personne auxquels ils sont imputés constitue une diffamation, que ces faits aient un caractère avéré ou injustifié. On distingue en droit américain la diffamation orale (*slander*) de la diffamation écrite (*libel*).

²⁴⁹ La plupart des Etats reconnaissent quatre types d'infractions au respect de la vie privée du salarié : la divulgation d'informations privées le concernant, la surveillance excessive de ses faits et gestes, l'imputation de propos qui ne lui appartiennent pas, et une intrusion indue dans ses affaires personnelles.

²⁵⁰ Trois conditions sont requises pour constituer le harcèlement moral : l'intention malveillante de l'employeur, un lien de causalité entre les actes commis par l'employeur et l'état de détresse du salarié, une conduite inappropriée de l'employeur. Voir *Patton v. JC Penney Co.*, Or. 1986.

²⁵¹ C'est notamment le cas lorsque les fonctions du salarié nécessitent l'usage et la manipulation d'objets dangereux. Voir *Cutter v. Farmington*, N.H. 1985.

²⁵² Voir C. Trav. art. L.1321-3 et C. Trav. L.1132-1.

²⁵³ C. anc. Trav., art. L. 120-2, devenu art. L. 1121-1. C. Trav.

Contrairement au droit américain qui voit dans le pouvoir de l'employeur un pouvoir unitaire, la législation française distingue le pouvoir de direction de l'employeur, son pouvoir disciplinaire et son pouvoir réglementaire ou normatif. Le pouvoir de direction est la faculté d'organiser, de contrôler et de commander la prestation de travail²⁵⁴. En termes plus juridiques, il est une faculté de créer ou de préciser unilatéralement les obligations dont le salarié est le débiteur. Les pouvoirs disciplinaires et normatifs ne sont que des déclinaisons de ce pouvoir de direction. Lorsque celui-ci s'exerce en édictant des ordres durables et dotés d'une certaine généralité, il est qualifié de pouvoir réglementaire ou normatif. Lorsqu'il est exercé pour sanctionner la désobéissance, on parle de pouvoir disciplinaire.

Les limites au pouvoir de l'employeur résident dans le respect des droits en général et des droits et libertés fondamentaux du salarié en particulier. Celui-ci ne peut ordonner au salarié des actes illégaux : le salarié a le devoir d'en refuser l'exécution. A défaut, lui-même s'expose à la répression pénale²⁵⁵. L'employeur ne peut davantage, par ses ordres, apporter aux droits de la personne et aux libertés individuelles de restrictions qui ne seraient pas "*justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*"²⁵⁶. La Cour de cassation, amenée à se prononcer sur la conciliation du pouvoir de l'employeur avec les droits et libertés du salarié, rappelle que « *même au temps et au lieu de travail, le salarié a droit au respect de l'intimité de sa vie privée, qui inclut en particulier le secret des correspondances* »²⁵⁷. Le respect de la dignité du salarié sur les lieux de travail exigeait toutefois davantage. Le législateur s'est alors risqué à tracer la délicate frontière entre la subordination permise et le harcèlement moral illicite et pénalement sanctionné. L'article L. 1152-1 du Code du travail dispose désormais : "*aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel*". Non seulement l'employeur doit s'abstenir de commettre des actes constitutifs de harcèlement moral dans l'exercice de son pouvoir de commandement ; il doit encore user de son autorité pour protéger le salarié. Il lui revient ainsi de « *répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés* », peu important qu'elles ne disposent pas d'un pouvoir hiérarchique sur l'auteur de l'infraction²⁵⁸.

En France comme aux Etats-Unis, l'employeur jouit donc d'une certaine marge d'appréciation de l'opportunité des choix de gestion et de stratégie économique. Mais, ainsi que nous l'avons constaté, la conception sociale du droit du travail français réduit de manière considérable la liberté de l'employeur. L'approche institutionnelle française du pouvoir patronal s'oppose à l'approche contractuelle américaine, laquelle refuse toute altération aux prérogatives de l'employeur. Aux Etats-Unis, l'intérêt de l'entreprise n'est pas distinct de l'intérêt de l'employeur. A la différence du droit français, les prérogatives assignées à l'employeur ne doivent souffrir d'aucune restriction au nom de la liberté contractuelle. En outre, les juges ne sont pas fondés à contrôler les décisions patronales. Il reste que certaines lois fédérales apportent par nécessité des limitations au pouvoir de l'employeur, bien qu'elles ne puissent être comparées aux restrictions fortement protectrices des intérêts des salariés en droit français.

²⁵⁴ Droit du travail, Gilles Auzero et Emmanuel Dockès, éd. Dalloz, coll. Précis, 29e éd., 2015, p. 632.

²⁵⁵ Cass. Crim., 26 juin 2002, n° 01-87.314.

²⁵⁶ C. Trav., art. L. 1121-1.

²⁵⁷ Cass. Soc., 2 octobre 2001.

²⁵⁸ Cass. Soc., 2 novembre 2011, n° 09-68272.

CHAPITRE 3. L'exécution du contrat de travail

L'exécution du contrat de travail est la phase qui suit la conclusion dudit contrat. Elle est peut-être la plus significative en ce qu'elle intéresse de manière concrète les rapports de travail entre le salarié et l'employeur ; en conséquence, elle est caractérisée par l'existence d'un certain nombre de principes et d'obligations qu'il convient au salarié comme à l'employeur de mettre en oeuvre. A cet égard, nous nous intéresserons dans un premier temps à la question des droits et obligations contractuelles à la charge de l'employeur et du salarié (**Section 1**) ; puis dans un second temps, nous étudierons la question des conditions de travail (**Section 2**), celle-ci ne pouvant être détachée de l'exécution du contrat de travail.

Section 1. Droits et obligations contractuelles à la charge de l'employeur et du salarié

L'exécution du contrat de travail entraîne, tant pour le salarié que pour l'employeur, le respect de certaines obligations (**Paragraphe 1**). Corollairement, les parties au contrat de travail disposent d'un certain nombre de droits (**Paragraphe 2**). En France, les droits fondamentaux irriguent ainsi l'essentiel du droit du travail.

Paragraphe 1. Les obligations des parties au contrat de travail

L'exécution du contrat de travail emporte pour l'employeur le respect d'un certain nombre d'obligations, particulièrement en droit français (**A**). Il en va de même pour le salarié (**B**).

A) Obligations à la charge de l'employeur

Il est rare de trouver un manuel de droit du travail américain qui consacre ne serait-ce que quelques lignes aux obligations qui pèsent sur l'employeur. Outre son obligation de respecter les dispositions légales et jurisprudentielles dans l'exercice de sa mission, presque trop évidente pour en faire mention, il semblerait à première vue que l'employeur soit exempt de toute obligation. Ce terme est d'ailleurs peu usité : le droit américain préfère employer le terme de *responsabilité* pour décrire la mission de l'employeur. Seule est mentionnée dans la section *Duties of employers and employees* du Code fédéral des Etats-Unis une obligation de sécurité : *"Each employer shall furnish to each of his employees employment and a place of employment which are free from recognized hazards that are causing or are likely to cause death or serious physical harm to his employees ; and shall comply with occupational safety and health standards promulgated under this chapter"*²⁵⁹.

²⁵⁹ 29 U.S. Code § 654 - *Duties of employers and employees*.

Contrairement à la législation française qui, dans un souci de protection, édicte une liste d'obligations générales incombant à l'employeur, la plupart étant codifiées dans le Code du Travail, le droit américain reste muet sur la question pourtant cruciale de la rémunération ou de la fourniture du travail. Il semblerait en effet que ces obligations découlent implicitement de la relation de travail. En outre, limiter le pouvoir de l'employeur en lui imposant un certain nombre d'obligations légales reviendrait à nier les préceptes inhérents à la doctrine at-will, parmi lesquels figure le pouvoir discrétionnaire de l'employeur. De ce fait, la protection des salariés découle uniquement de certaines dispositions légales et jurisprudentielles qui visent à leur garantir des droits, et des exceptions au principe de la doctrine at-will.

Par contraste, le droit français impose de manière explicite à l'employeur l'obligation de verser la rémunération au salarié, mais aussi d'assurer la fourniture et l'exécution de la prestation de travail dans le respect des normes légales et conventionnelles²⁶⁰. Le contrat doit être exécuté de bonne foi²⁶¹. Cette exigence de bonne foi contractuelle consiste aussi à favoriser l'exécution de ses obligations par le cocontractant. L'exécution de chaque obligation doit ainsi bénéficier de la bonne foi des deux parties. De manière logique, la première obligation souscrite par l'employeur est de fournir à son cocontractant un travail à exécuter. La Cour de cassation affirme clairement que "*le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié*"²⁶². Ainsi, l'employeur ne peut reprocher au salarié de ne pas avoir travaillé pendant une certaine période faute d'avoir trouvé lui-même des tâches à accomplir : le licenciement qui serait prononcé pour ce motif serait sans cause réelle et sérieuse. La tâche que l'employeur s'engage à fournir et que le salarié s'engage à exécuter doit être précisée par le contrat.

Un salarié est embauché pour exercer un certain type de tâches. Il ne peut donc pas se voir contraint à exécuter des tâches qui ne correspondent pas à ses attributions contractuelles. En cas de silence ou d'imprécision du contrat de travail écrit, la jurisprudence considère que la qualification du travail et les responsabilités du salarié constituent des éléments du contrat. Un salarié embauché pour tel type de tâche qualifiée ne peut être muté sur une tâche qui suppose une autre qualification sans son accord, même si cette mutation équivaut à une promotion²⁶³. Toutefois, toute modification des tâches habituellement réalisées par le salarié ne constitue pas une modification du contrat de travail. Si les tâches sont connexes ou de même nature, la demande fait en général partie du pouvoir de l'employeur²⁶⁴.

En droit américain, la doctrine at-will confère à l'employeur une omnipotence qui lui permet non seulement de licencier son salarié pour quelque raison que ce soit, mais aussi de modifier unilatéralement le contrat de travail. Ainsi, un changement de poste ou une augmentation de la durée du travail ne requièrent pas l'accord du salarié. Les modifications du contrat de travail ne peuvent cependant pas être rétroactives²⁶⁵. L'acceptation de ces modifications ne suppose pas une manifestation de volonté claire du salarié. Celui-ci est réputé accepter de manière implicite toute

²⁶⁰ Voir notamment *Cass. Soc. 3 mai 2012, n°10-21.396*.

²⁶¹ C. Trav., art. L.1222-1.

²⁶² *Cass. Soc. 3 nov. 2010*.

²⁶³ *Cass. Soc. 22 oct. 2002*.

²⁶⁴ *Cass. Soc. 28 janv. 2005, Bull. Civ. V, n°35*.

²⁶⁵ *Albrant v. Sterling Furniture Co., 85 Or.App. 272, p.275 (1987)*.

modification apportée à son contrat de travail par le simple fait de continuer à exécuter sa prestation de travail²⁶⁶.

L'employeur dispose également d'une obligation générale de sécurité vis à vis de ses salariés. Conformément aux dispositions L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail, l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des salariés. Ces mesures comprennent des actions de prévention des risques professionnels, des actions d'information et de formation et la mise en place d'une organisation et de moyens adaptés. Dans le cadre du principe général de prévention, il évalue les risques, adapte les postes de travail et donne les instructions appropriées aux salariés. Sans surprise, une telle obligation de sécurité existe également aux Etats-Unis où l'employeur est tenu de respecter les dispositions de la *Occupational Safety and Health Act* (OSHA) de 1970. Cette loi fédérale pose plusieurs normes de santé et de sécurité au travail et prescrit une variété de règles concernant l'aménagement des locaux de travail et l'utilisation de certains outils ou matériaux. Elle pose en outre sur l'employeur une obligation générale de sécurité (*general duty clause*) dans sa section 5(a) : "*the employer must furnish to each of his employees employment and a place of employment which are free from recognized hazards that are causing or likely to cause death or serious physical harm to his employees*"²⁶⁷. L'employeur doit respecter les différentes normes de sécurité posées par la loi ainsi que l'obligation générale de sécurité qui lui est spécifiquement assignée. Les Etats fédérés peuvent adopter des lois, appelées *state plans*, qui complètent les dispositions de la loi fédérale.

B) Obligations à la charge du salarié

Obligation de loyauté. En France comme aux Etats-Unis, l'obligation de loyauté est une obligation inhérente à tout contrat. Issue d'une obligation plus générale de bonne foi, elle assure une exécution honnête du contrat. La France comme les Etats-Unis interdit ainsi au salarié de faire concurrence à l'employeur²⁶⁸ et de divulguer des secrets de fabrication ou toute autre information confidentielle.

En France, l'obligation de loyauté résulte des termes de l'article 1135 du Code civil selon lequel "*les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*". Ce principe général est rappelé par l'article L 1222-1 du Code du travail qui dispose que le contrat doit être exécuté de bonne foi. A ce titre plusieurs pratiques sont prohibées, que la jurisprudence affine au cas par cas : l'utilisation non autorisée de la propriété de l'employeur dans un but privé, le débauchage des salariés et clients de l'employeur, la fraude au pointage, la création d'une entreprise concurrente, le travail rémunéré faisant concurrence à l'employeur, le détournement de fonds, les propos pouvant nuire à la réputation de l'employeur. L'obligation de loyauté s'impose pendant toute la durée du contrat de

²⁶⁶ *Page v. Kay Woolen Mill Co., Or. 1942.*

²⁶⁷ The Occupational Safety and Health Act of 1970, Section(a)(1).

²⁶⁸ Voir par exemple *Cass. Soc. 15 nov. 1984* : viole son obligation de fidélité le salarié qui, pendant la durée de son contrat, engage des pourparlers avec d'autres salariés de la société qui l'employait pour créer une entreprise directement concurrente de celle de son employeur ; *Cass. Soc. 9 juill. 1981, Bull. Civ. V, n°689* : déloyauté du salarié qui entretient des relations étroites avec une société concurrente à l'insu de son employeur. En droit américain, voir Restatement (Second) of Agency § 394 : "*no man can serve two masters*". En l'absence de consentement de l'employeur, le salarié ne peut entretenir de liens avec une société concurrente.

travail, même pendant sa période de suspension²⁶⁹. Le salarié est également tenu d'une obligation de collaboration qui procède de son obligation de fournir la prestation de travail²⁷⁰. C'est à ce titre qu'il doit communiquer toute information utile à la bonne marche de l'entreprise²⁷¹, et non au titre de l'obligation de loyauté qui seule continue de s'imposer au salarié pendant les périodes de suspension du contrat.

Par contraste avec la France où l'obligation de loyauté s'impose de manière égale au salarié et à l'employeur, le devoir de loyauté aux Etats-Unis affecte davantage les salariés que l'employeur. Le salarié doit oeuvrer activement dans l'intérêt de l'entreprise²⁷². Il doit se dévouer entièrement aux intérêts de l'employeur, lequel en échange peut se contenter de verser une contrepartie financière sans jamais chercher à satisfaire davantage de quelconques revendications salariales²⁷³. La théorie de l'*employment at-will* assure de surcroît à l'employeur le droit de sanctionner toute attitude jugée contraire à ses intérêts ou même insuffisamment positive à son égard²⁷⁴. La violation de l'obligation de loyauté peut avoir des conséquences sévères : par exemple, dans l'état de New York, une violation grave de l'obligation de loyauté peut dispenser l'employeur de rémunérer le salarié pour les services rendus²⁷⁵. Si la nature contractuelle de l'obligation de loyauté devrait logiquement impliquer sa réciprocité, il ne fait donc aucun doute qu'elle dispose aux Etats-Unis d'un caractère unilatéral²⁷⁶.

L'obligation de loyauté s'étend plus généralement à une obligation de correction et de discrétion. Le salarié doit ainsi se conduire avec réserve et sobriété en toute circonstance et faire montre de discrétion concernant les informations dont il a connaissance, et dont la divulgation à des tiers porterait préjudice aux intérêts de l'entreprise²⁷⁷.

Le droit français a généralement une conception plus modérée de l'obligation de loyauté²⁷⁸. Le salarié a ainsi pour obligation de contribuer de manière loyale à la réalisation des objectifs fixés, dans le respect de sa liberté personnelle et sans que ses efforts ne viennent affecter le contenu de son contrat de travail. D'une manière générale, les salariés français jouissent dans l'entreprise et

²⁶⁹ Cass. Soc. 15 juin 1999, n°96-44.772 : l'acte déloyal commis pendant la suspension du contrat est une cause réelle et sérieuse de licenciement.

²⁷⁰ Cass. Soc. 6 fév. 2001, Dr. Soc. 2001. 439.

²⁷¹ Cass. Soc. 15 juin 1999, Dr. Soc. 1999. 842.

²⁷² Voir par exemple *Vondras v. Titanium Research & Development Co., 1974* : le salarié a l'obligation de servir l'employeur et de fournir ses meilleurs efforts dans l'intérêt de l'entreprise.

²⁷³ Voir par exemple *Bull v. Logetronics, Inc. 323 F. Supp. 115, p.132-133 (E.D. Va. 1971)* : le salarié doit avoir la plus extrême loyauté, bonne foi et honnêteté à l'égard de son employeur, peu importe la compensation qu'il en reçoit et peu importe son intérêt personnel.

²⁷⁴ Estelle COURTOIS-CHAMPENOIS, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 253.

²⁷⁵ Voir *Sundland v. Korfund Co., 1940*.

²⁷⁶ Sur le caractère unilatéral de l'obligation de loyauté, voir Brian M. MALSBERGER, *Employee Duty of Loyalty*, éd. BNA Books, 4th édition, 2009.

²⁷⁷ *Twentieth Century-Fox Film Corp. v. Lardner, 9th Cir. 1954* : tout salarié est dans l'obligation de surveiller sa conduite et de se comporter avec réserve et discrétion. En droit français, voir par exemple Cass. Soc. 30 juin 1982, Bull. Civ. V, n°425 : le cadre supérieur est tenu à une obligation de discrétion à l'égard de la société à la direction de laquelle il participe.

²⁷⁸ voir par exemple Cass. Soc. 16 juin 1998, RJS 7/1998, n°843 : est sans cause réelle et sérieuse le licenciement du salarié qui part en voyage d'agrément pendant un arrêt de travail médicalement justifié ; Cass. Soc. 4 juin 2002, RJS 8/92002, n°963 : l'exercice d'une activité pendant un arrêt de travail provoqué par la maladie ne constitue pas en lui-même un manquement à l'obligation de loyauté qui subsiste pendant la durée de cet arrêt.

en dehors de celle-ci d'une liberté d'expression protégée²⁷⁹. Par ailleurs, si l'appréciation de la déloyauté est contrôlée en dernier ressort par les tribunaux français, aux Etats-Unis en revanche, elle relève presque exclusivement de l'employeur.

Le droit français considère la violation par le salarié de son obligation de loyauté comme un motif réel et sérieux de rupture du contrat de travail. Le manquement du salarié à l'obligation de loyauté pourra être considéré comme une faute lourde s'il est constitutif d'une intention de nuire²⁸⁰.

Liberté d'expression. En France, il n'est pas exigé une adhésion sans réserve aux "valeurs de l'entreprise" qui serait attentatoire à la liberté individuelle. Cependant, l'employeur est en droit d'attendre du salarié un engagement contractuel de loyauté, un investissement personnel. La recherche d'une conciliation entre la liberté d'expression et l'engagement contractuel de loyauté n'est pas tâche aisée, comme en témoigne notamment l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 10 avril 2013²⁸¹. Selon la jurisprudence, sur le fondement de l'article L. 1121-1 du Code du travail, "*sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, qu'il ne peut être apporté à celle-ci que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché*"²⁸². Le droit français voit décliner la sphère contractuelle dès lors qu'est mis en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou collective.

Aux Etats-Unis, le droit à la liberté d'expression protégé par le Premier Amendement de la Constitution ne s'applique pas aux salariés du secteur privé²⁸³. Cela signifie qu'un employeur est fondé à licencier tout salarié dont les propos l'indisposent, et ce qu'elle qu'en soit la teneur. La doctrine at-will fait en effet de l'employeur un élément tout-puissant : investi de tous les pouvoirs, il contrôle la relation de travail selon son bon vouloir. Les salariés du secteur privé n'étant pas protégés par le droit à la liberté d'expression, il revient donc à l'employeur de poser ses propres règles en la matière. Elles pourront être contenues dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans les termes du contrat de travail qui lie l'employeur au salarié. Seul le *National Labor Relations Act* de 1935 apporte un élément de protection du droit à la liberté d'expression des salariés. Il consacre en effet dans sa section 7 le principe de la liberté syndicale des salariés²⁸⁴ : "*Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, and shall also have the right to refrain from any or all of such activities [...]*".

Sanctions en cas de manquement aux obligations contractuelles. En cas de mise en jeu de la responsabilité contractuelle, seule la faute lourde du salarié constitue le fait générateur justifiant

²⁷⁹ C. Trav., art. L. 120-2 : nul ne peut apporter au droit des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; voir aussi Cass. Soc. 14 décembre 1999.

²⁸⁰ Cass. Soc. 9 avril 2008, n°06-4604.

²⁸¹ Selon cet arrêt, tenir des propos insultants à l'encontre de son supérieur hiérarchique sur les réseaux sociaux ne constitue pas un acte d'injure publique dès lors qu'ils sont publiés au sein d'une "communauté d'intérêts".

²⁸² Cass. Soc. 14 déc. 1999, n°97-41995 : sont réservées l'injure et la diffamation, ainsi que le caractère excessif des termes employés.

²⁸³ Seuls les salariés du secteur public peuvent en bénéficier, le Premier amendement ne s'appliquant qu'aux personnes physiques et morales de droit public.

²⁸⁴ Codifiée à l'article 29 U.S.C. § 157.

la réparation du dommage causé à l'employeur²⁸⁵. Ce principe limitateur est justifié par le fait que l'entreprise doit assumer le "*risque d'exploitation*". L'exercice du pouvoir disciplinaire refoule la responsabilité contractuelle du salarié. En droit français, la faute lourde se place au sommet de l'échelle des fautes²⁸⁶. Elle suppose un élément intentionnel : l'intention de nuire à l'employeur.

Il n'existe pas d'échelle des fautes en droit américain. Il serait en effet superflu, dans un pays où la faculté de licencier relève d'une compétence purement discrétionnaire de l'employeur et où il n'existe aucune procédure légale de licenciement, d'établir une telle échelle. Cependant, le salarié peut voir sa responsabilité délictuelle engagée en cas de manquement à l'obligation de loyauté qui lui incombe. Un tel manquement devra être déduit des circonstances de l'espèce²⁸⁷. Le simple fait pour un salarié d'adopter un comportement qui cause un préjudice à son employeur ne constitue pas un manquement à son devoir général de loyauté²⁸⁸.

Paragraphe 2. Les droits des parties au contrat de travail

La question des droits des parties au contrat de travail est d'une ampleur telle qu'elle en appelle nécessairement à une nette délimitation du sujet. Elle est particulièrement épineuse en droit français, où l'inflation législative et réglementaire en matière sociale rend l'appréhension de leurs droits difficile pour les salariés. Cette brève synthèse, inévitablement incomplète au regard de l'envergure du sujet, n'aura pas pour vocation à en exposer tous les méandres.

Les droits et libertés reconnus au salariés constituent une limitation au pouvoir de l'employeur. Un certain équilibre doit en effet être atteint dans le rapport de force entre le salarié, partie faible au contrat, et l'employeur, partie forte. Les droits du salarié doivent ainsi coexister avec l'exercice du pouvoir de l'employeur : d'une part, l'employeur ne peut exercer son pouvoir que dans le respect des droits reconnus par la loi et par la jurisprudence aux salariés et dans le respect des obligations qui lui incombent ; d'autre part, les droits du salarié trouvent nécessairement leur limite dans la sanction disciplinaire de l'employeur. Le contrat de travail met en oeuvre un conflit de droits : ceux de l'employeur d'une part **(A)**, et ceux du salarié d'autre part **(B)**.

A) Les droits de l'employeur

Parler de *droits* de l'employeur n'est pas tout à fait juste ; on préférera ainsi employer le terme de *prérogatives*. Ces prérogatives constituent le pouvoir de direction, ou *right to control*, de l'employeur. Il devra en faire une utilisation justifiée, proportionnée et neutre ; les décisions ne devant pas être dictées par un but étranger à l'intérêt de l'entreprise. L'étendue et les limites des prérogatives de l'employeur ne font pas l'objet de dispositions législatives générales. Elles résultent pour l'essentiel de la jurisprudence et de quelques dispositions légales particulières.

²⁸⁵ *Cass. Soc. 27 nov. 1958 ; Cass. Soc. 6 mai 1997* : l'abus de fonction commis à l'occasion du travail engage la responsabilité contractuelle du salarié en cas de faute lourde, dès lors que le comportement n'est pas "*étranger à l'exécution du contrat de travail*".

²⁸⁶ On distingue à ce titre la faute simple qui constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, la faute grave qui prive le salarié d'indemnités de préavis et de licenciement et la faute lourde qui prive le salarié d'indemnités de préavis, de licenciement et de congés payés.

²⁸⁷ *Kantel Communications, Inc. v. Casey, Mo. Ct. App. W.D. 1993.*

²⁸⁸ *Crowd Management Services, Inc., v. Finley, Or. Ct. App. 1984.*

L'employeur dispose du pouvoir d'organisation du travail. Cela signifie qu'il est fondé à organiser la relation de travail ainsi qu'il l'entend, à édicter des règles et à sanctionner les manquements de ses salariés. Le pouvoir qui lui est alloué est assorti des moyens du pouvoir, c'est à dire la surveillance, le contrôle et l'évaluation des salariés²⁸⁹. Il est libre de déterminer le contenu du contrat de travail dans le respect des normes constitutionnelles, législatives et jurisprudentielles ; il est également libre, sur le plan juridique, de réagir à l'inexécution ou la mauvaise exécution par le salarié de ses obligations contractuelles (retards fréquents, refus d'exécuter la tâche prescrite, actes violents, infractions aux dispositions du règlement intérieur...).

Une différence essentielle existe à cet égard entre le droit français et le droit américain. Ainsi en droit français, l'acte ou le comportement du salarié doit constituer une *faute*, c'est à dire une violation de ses obligations contractuelles, pour faire l'objet d'une sanction. Le droit américain du travail en revanche est étranger à cette notion de faute : l'employeur peut administrer une sanction, constituée le plus souvent par un licenciement, sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un motif légitime ni de respecter une quelconque procédure. Mais le licenciement n'est pas la seule incertitude à laquelle doivent faire face les travailleurs américains. Placés sous l'autorité de l'employeur, ils sont en effet exposés à tout moment aux effets des décisions que celui-ci peut prendre dans l'exercice de ses prérogatives, notamment le *changement des attributions* du travailleur ou la *modification de ses conditions de travail*.

L'introduction des nouvelles technologies dans le lieu de travail a rendu encore plus complexe la coexistence entre les droits des employeurs et les droits des salariés, en bouleversant la relation de travail. Si l'évolution des méthodes de travail laisse aux salariés plus de marge de manoeuvre et de moyens pour exécuter la tâche qui leur est allouée, l'emploi de ces méthodes s'avère en même temps contrecarré par un contrôle élargi de la part de leur employeur. Aussi, la nécessité de parvenir à un équilibre entre le droit de regard de l'employeur sur l'activité de ses salariés et le droit au respect de la vie privée des travailleurs se fait plus que jamais entendre.

En France, la loi *Informatique et Libertés* du 6 janvier 1978 impose dans son article 22 la déclaration préalable auprès de la CNIL²⁹⁰ de tout traitement automatisé d'informations nominatives, c'est à dire les données personnelles et professionnelles permettant l'identification directe ou indirecte d'un individu. L'employeur doit préciser la finalité des données collectées et leur durée de conservation. La surveillance d'un salarié par un membre de la hiérarchie de l'entreprise ne constitue pas un dispositif requérant l'information préalable du salarié²⁹¹. L'employeur peut donc vérifier les relevés de communication téléphoniques à partir de l'entreprise. Il est également fondé à recueillir par de simples témoins des éléments de preuve du comportement critiquable du salarié dans l'exécution de sa prestation, ou encore recourir à un huissier afin d'établir certains faits utiles à son contrôle.

Divers articles du Code pénal protègent la vie privée des salariés. A titre d'exemple, l'article 226-15 du Code pénal prohibe "*le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance*". La Chambre sociale de la Cour de cassation a toutefois rappelé

²⁸⁹ Voir notamment *Cass. Soc. 14 mars 2000, Bull. Civ. V, n°101*.

²⁹⁰ Commission nationale de l'informatique et des libertés.

²⁹¹ *Cass. Soc., 3 mai 2007*.

dans un arrêt du 10 mai 2012 que "les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur sont présumés avoir un caractère professionnel. À cet égard, la seule dénomination "Mes documents" ne suffit pas pour conférer un caractère personnel à un fichier. L'employeur peut donc y avoir accès en dehors de la présence du salarié. Cette présomption de professionnalité s'applique également aux courriels émis ou reçus à l'aide de l'outil informatique mis à disposition par l'entreprise.

Aux Etats-Unis, la prohibition de l'interception non autorisée des données personnelles d'autrui, consacrée par la loi *Electronic Communication Privacy Act* de 1986, ne fait pas échec à l'existence de nombreuses exceptions favorables à l'employeur. Ainsi, celui-ci est fondé à surveiller l'usage fait par le salarié de l'outil informatique mis à sa disposition. Il peut également accéder aux courriels émis ou reçus à l'aide de l'adresse électronique allouée au salarié, même lorsque ceux-ci ont un caractère personnel. L'employeur a également un accès libre au téléphone professionnel qu'il met à la disposition du salarié. La Cour Suprême des Etats-Unis a ainsi affirmé, dans l'arrêt *City of Ontario v. Quon* (2010), que la lecture par l'employeur des messages reçus sur le téléphone professionnel du salarié ne constituait pas une infraction au droit au respect de la vie privée, quand bien même ils auraient un caractère personnel.

Cette solution n'est guère surprenante dans la mesure où, nous l'avons vu, l'employeur américain dispose de prérogatives quasi-illimitées dans le cadre de son pouvoir de direction. L'intérêt de l'entreprise ne se distingue pas de l'intérêt de l'employeur, et le concept de "travail" est dépourvu de dimension humaine dans la mesure où il reste considéré comme une simple marchandise. Le pouvoir unilatéral de l'employeur américain, nettement plus étendu que celui dont bénéficie l'employeur français, n'est qu'une des conséquences pratiques de la conception matérialiste du travail qui prévaut aux Etats-Unis.

B) Les droits du salarié

Dans la relation qu'il entretient avec l'employeur, le salarié ne renonce pas à ses droits fondamentaux. Ceux-ci seront seulement aménagés en fonction des exigences impératives de la relation employeur/salarié.

En France, la problématique des droits du salarié s'exprime autour de trois règles. La première est inscrite à l'article L.1121-1 du Code du travail. Elle proclame l'application des droits et libertés fondamentaux au droit du travail. La seconde est la règle de non-discrimination, que l'on retrouve aux articles L. 1132-1 et suivants du Code du travail. La troisième est le principe d'égalité, dont les sources constitutionnelles et internationales sont anciennes, mais dont le développement jurisprudentiel est récent. L'arrêt *Ponsolle* du 29 octobre 1996 fut le premier temps de cet avènement avec l'affirmation de la règle "à travail égal, salaire égal". Plusieurs arrêts à partir de 2007 l'ont généralisée en posant un principe d'égalité de traitement entre tous les salariés d'une même entreprise, applicable à toutes les dimensions du rapport de travail²⁹².

Le système américain consacre un droit du travail extrêmement libéral qui place en son centre l'autonomie de la volonté des parties et la liberté individuelle. Sa finalité étant essentiellement

²⁹² Voir notamment *Cass. Soc. 16 mai 2007, n°05-44.565*.

économique, l'intervention des pouvoirs publics reste modérée. Les préoccupations concernant les droits du salarié sont peu d'importance par contraste avec le système français ; la protection des intérêts de l'entreprise, en revanche, semble avoir constitué le fil conducteur de la construction du droit du travail américain. Souvent occultés par le pouvoir de l'employeur, les droits du salarié disposent toutefois d'une certaine protection, tant au niveau des états qu'au niveau fédéral. En effet, c'est enfermer le droit du travail américain dans une conception bien restrictive que d'affirmer que les salariés renoncent à leurs droits par la relation qui les lie à un employeur *a priori* tout-puissant. La promulgation de nombreuses lois fédérales sociales au cours du XXème siècle a en effet permis de conférer un cadre légal au travail salarié, autrefois entièrement et dangereusement soumis au principe de la liberté contractuelle. En 1938, le *Fair Labor Standards Act* établit ainsi un salaire minimum et une réglementation des heures supplémentaires de travail et interdit l'emploi des mineurs et des enfants pour les travaux pénibles. En 1963, le *Equal Pay Act* prohiba la discrimination salariale fondée sur le genre et l'inégalité de revenus entre hommes et femmes lorsque celle-ci ne peut se justifier par aucun motif légitime. Puis le *Civil Rights Act* de 1964 déclara illégale la discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe ou l'origine en matière d'embauche et de licenciement. D'autres lois nationales sont venues imposer une réglementation minimale des conditions de travail (*minimum workplace requirements*). Ainsi, le *Occupational Safety and Health Act* de 1970 prévoit le droit pour les salariés d'exercer dans un environnement de travail sain et répondant aux normes de sécurité en vigueur, et le *Family and Medical Leave Act* de 1993 attribue au travailleur le droit à un congé exceptionnel sans solde allant jusqu'à douze semaines par an pour maladie grave ou pour maternité.

Le droit de se syndiquer et d'être protégé dans l'exercice de ce droit est prévu par le Code fédéral américain²⁹³.

Enfin, le salarié bénéficie d'un droit au respect de sa vie privée. Ce droit est cependant restreint par de nombreuses limitations, lesquelles ont pour vocation de maintenir un difficile équilibre entre la protection de la vie privée du travailleur et le droit de l'employeur à obtenir certaines informations le concernant. A cet égard, une différence essentielle sera faite entre les salariés du secteur public et les salariés du secteur privé. Un certain nombre de dispositions, qu'elles soient légales ou constitutionnelles, s'applique en effet uniquement aux salariés du secteur public. Ainsi, le Quatrième amendement de la Constitution des Etats-Unis qui protège contre des perquisitions et saisies non motivées et plus généralement contre toute forme d'immixtion injustifiée dans la vie privée des individus s'applique uniquement aux salariés du secteur public. Toutefois, la Cour d'appel du septième circuit a reconnu dans un arrêt *Denius v. Dunlap* de 2000 que le fait pour un employeur de licencier un salarié au motif que celui-ci aurait refusé de signer une autorisation d'obtenir des informations concernant ses antécédents judiciaires, son histoire médicale et l'état de sa situation financière constituait une violation des Quatrième, Cinquième²⁹⁴ et Sixième²⁹⁵ amendements de la Constitution.

Le droit au respect de la vie privée du salarié provient d'une diversité de sources ; mais aucune ne lui garantit une protection absolue. Au niveau législatif, le *Freedom of Information Act* de 1966, qui oblige les agences fédérales à transmettre leurs documents à quiconque en fait la demande

²⁹³ 5 U.S.C § 7102.

²⁹⁴ Droit à une procédure régulière.

²⁹⁵ Droit à un procès équitable.

comporte une exception concernant la transmission de documents qui constituerait une "*intrusion injustifiée*" dans la vie privée des salariés du secteur privé et public²⁹⁶. En effet, comme dans tous les pays qui ont été marqués par la tradition du droit public anglais, le droit des Etats-Unis apporte de solides garanties contre l'intrusion de la puissance publique dans la vie privée des citoyens.

D'autres textes de loi protègent la vie privée des salariés dans des circonstances spécifiques. Ainsi, le *Polygraph Protection Act* de 1988 interdit le recours par l'employeur à un détecteur de mensonges au cours d'un entretien d'embauche et le *Americans with Disabilities Act* de 1990 règlemente de manière stricte les conditions d'application des examens médicaux des salariés du secteur privé et public. Enfin, le *Restatement (Second) of Torts* érige à l'article 652A le principe général de protection de la vie privée initialement consacré par la Common Law et qui vise à sanctionner les atteintes à la vie privée dans le cadre des *torts*. Sur le fondement de ce principe général, le Restatement distingue quatre *torts* d'atteinte à la vie privée :

- 1) l'intrusion, matérielle ou non (*physically or otherwise*), dans l'intimité de l'individu à condition qu'elle soit manifestement offensante pour toute personne raisonnable ;
- 2) l'appropriation de l'image d'une personne ou de sa ressemblance avec autrui ;
- 3) la révélation au public de faits qui relèvent manifestement de la vie privée d'autrui à condition que ces faits soient de nature à choquer toute personne raisonnable et qu'ils ne présentent pas d'éléments de nature à éveiller un intérêt légitime dans le public ;
- 4) la publication d'informations fausses et inexactes faisant apparaître l'individu sous un jour défavorable (*false light tort*).

Si l'emploi aux Etats-Unis est historiquement gouverné par la doctrine at-will, la flexibilité des relations contractuelles de travail est donc restreinte par une diversité de dispositions qui prévoient aujourd'hui un minimum impératif édicté dans l'intérêt des salariés.

Section 2. Les conditions de travail

Les conditions de travail sont les paramètres qui influencent l'exécution du travail. Elles forment l'environnement de travail qui aura un impact sur la qualité du travail, le bien-être et la santé mentale et physique des travailleurs. Parmi les conditions de travail, on compte principalement le temps de travail, la rémunération, les tâches allouées au salarié, le lieu où s'exerce la prestation de travail. Si les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat de travail, elles doivent exercer leur liberté contractuelle dans le respect des dispositions légales. Depuis la seconde moitié du XXème siècle en effet, les législateurs français et américains ont multiplié les interventions visant à déterminer à l'avance le contenu des conditions de travail. Celles-ci constituent autant de mesures par lesquelles l'autorité publique se substitue à la volonté des parties et modifie la liberté des rapports contractuels. On peut croire et même affirmer que la finalité recherchée par le législateur réside dans une volonté de rééquilibrer les rapports de force, ou du moins de fournir à la partie économiquement faible des outils de valorisation de sa situation. Dans un nécessaire souci de délimitation du sujet, et parce qu'il s'agit de conditions

²⁹⁶ 5 U.S.C § 552(b)(6) : "*Full disclosure mandated by the Freedom of Information Act is not required when the disclosure would constitute a clearly unwarranted invasion of personal privacy*".

essentielles à l'exécution du contrat de travail, nous traiterons uniquement dans cette section de la question du temps de travail (A) et de la rémunération du travail (B).

Paragraphe 1. Le temps de travail

Dans l'exercice de ses prérogatives, l'employeur fixe et modifie le temps de travail. Son pouvoir est toutefois borné par diverses normes de durée du travail qu'impose le Code du Travail en France et la loi fédérale aux Etats-Unis. C'est par rapport à elles, et dans la mesure qu'elles autorisent, que peuvent être pratiquées des heures supplémentaires.

Mais la question du temps de travail ne peut être totalement détachée de l'évolution du travail. Autrefois, lorsque les tâches étaient fractionnées et monotones, le temps de travail se mesurait aisément en "cadence" de travail. La modernisation du travail, qui se caractérise principalement par l'accomplissement de tâches intellectuelles, a eu un impact sur la délimitation du temps de travail. Le travail intellectuel peut en effet se prolonger au-delà d'horaires précis, voire s'effectuer au domicile du salarié par le biais des moyens modernes de communication. Avec l'évolution du travail, les frontières du temps libre, de la vie hors du travail et du temps effectif de travail sont devenues poreuses. C'est pourquoi il convient dans un premier temps de délimiter la portée de la notion de temps de travail (A), puis dans un second temps, d'étudier les normes de durée du travail (B).

A) Notions de temps de travail

Le temps limité par la durée légale ou mesuré à partir d'elle, et limité par les durées maximales²⁹⁷, est le temps de travail *effectif*. Il est soumis à une obligation de rémunération de la part de l'employeur.

En France, la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est "*à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles*"²⁹⁸. Il correspond donc uniquement aux périodes pendant lesquelles est effectuée une prestation de travail pour le compte et sous la subordination de l'employeur.

Le législateur est intervenu pour préciser l'application de cette règle. Ainsi, le temps dévolu à la restauration et les temps consacrés aux pauses, que la Chambre sociale de la Cour de cassation dénomme "*arrêts de travail de courte durée sur le lieu de travail ou à proximité*"²⁹⁹, sont considérés comme du temps de travail effectif lorsque les critères de qualification de l'article L.3121-1 du Code du travail sont réunis. C'est l'hypothèse dans laquelle les salariés restent à la disposition de l'employeur, prêts à intervenir.

Le législateur est également intervenu pour exclure certains temps de la qualification de temps de travail : il en va ainsi des temps d'habillage et de déshabillage et de certains temps de déplacement. Les temps d'habillage et de déshabillage doivent simplement donner lieu à une compensation lorsque le port d'une tenue de travail est imposé au salarié et que les opérations d'habillage et de déshabillage doivent s'effectuer dans les locaux de l'entreprise ou sur le lieu de

²⁹⁷ En France uniquement.

²⁹⁸ C. Trav., art. L. 3121-1.

²⁹⁹ Cass. Soc., 1er avr. 2003, Dr. Soc., 2003.

travail³⁰⁰, ces deux conditions étant cumulatives. L'habillage et le déshabillage au domicile du salarié ne donnent pas lieu à une contrepartie. Enfin, le temps du déplacement entre le domicile et le lieu de travail n'est pas considéré comme un temps de travail effectif. Cette solution de principe, rappelée à l'article L.3121-4 alinéa 1er du Code du Travail, paraît logique. Si le temps de trajet est bien un temps contraint par l'emploi, sa durée dépend du choix du lieu du domicile, ce choix étant une liberté du salarié. En revanche, le temps de déplacement effectué lorsque le salarié se déplace au cours d'une journée de travail pour aller d'un lieu de travail à un autre est considéré comme un temps de travail effectif.

Sans réelle surprise, la législation américaine régleme de manière similaire le temps de travail. Ainsi, le temps de travail effectif est constitué aux Etats-Unis par les tâches et activités effectuées par le salarié sous la subordination de l'employeur³⁰¹. Il importe peu que ces tâches soient effectuées au domicile du salarié ou qu'elles soient effectuées en dehors des horaires de travail initialement prévus par le contrat de travail : seul le critère de la subordination se révèle significatif pour délimiter le temps de travail effectif. Cependant, lorsque l'employeur méconnaît le fait que son salarié effectue des tâches supplémentaires à son domicile en dehors de ses horaires de travail habituels, ces tâches ne seront pas considérées comme du temps de travail effectif³⁰². La solution est la même lorsque le salarié effectue des tâches accessoires à sa qualification³⁰³. Une différence avec la législation française est ici caractérisée, puisque le droit français considère comme du temps de travail effectif les temps passés au poste de travail, qu'ils soient consacrés ou non à l'exercice des fonctions du salarié.

Enfin, selon une jurisprudence constante, ne sont pas considérés comme des temps de travail effectif : le temps d'habillage et de déshabillage, le temps de trajet entre le domicile du salarié et le lieu de travail³⁰⁴, et les pauses consacrées à la restauration lorsqu'elles ont une durée de trente minutes ou plus. Le temps de formation n'est pas non plus considéré comme un temps de travail effectif à condition qu'il soit effectué en dehors des horaires habituels de travail, que la présence du salarié soit volontaire et qu'aucune tâche matérielle n'y soit réalisée³⁰⁵.

B) Les normes de durée du travail

En France, la durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente-cinq heures par semaine civile³⁰⁶. Créée par la loi du 21 juin 1936 comme une limitation effective du temps passé au travail, la durée légale du travail (40 heures à l'époque) a constitué, jusqu'à ces dernières années³⁰⁷, une institution emblématique du droit du travail français. La semaine de 35 heures, à l'époque conçue par le gouvernement comme une perspective de progrès social et une arme de lutte contre le chômage, fait aujourd'hui encore l'objet de vifs débats.

³⁰⁰ C. Trav., art. L.3121-3.

³⁰¹ *Fundamentals of Employment Law*, Karen E. Ford, Kerry E. Notestine, Richard N. Hill, éd. American Bar Association, seconde édition, p. 495, 2000.

³⁰² *Bjornson v. Daido Metal U.S.A, Inc., N.D. Ill. 1998*.

³⁰³ 29 U.S.C. § 254 (a)(b).

³⁰⁴ Le temps de trajet devient toutefois un temps de travail effectif lorsque le salarié utilise son propre véhicule pour transporter, de son domicile à son lieu de travail, des outils et du matériel nécessaires à l'exécution de sa prestation de travail. *Baker v. Barnard Construction Co., 10th Cir. 1998*.

³⁰⁵ *Dade County v. Alvarez, 11th Cir., 1997*.

³⁰⁶ C. Trav., art. L. 3121-10.

³⁰⁷ De 39 heures en 1982, la durée légale du travail est passée à 35 heures en 1998 et 2000 avec les lois Aubry 1 et 2.

Il faut ici souligner que les cadres dirigeants échappent aux dispositions concernant la durée légale du travail. L'article L. 3111-2 du Code du travail introduit par la loi "Aubry 2" du 19 janvier 2000 circonscrit cette catégorie de salariés en retenant trois critères cumulatifs : les responsabilités qui leur sont confiées par l'employeur revêtent une importance supposant une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps ; ils sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome ; ils perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement.

La durée effective du travail d'un salarié au service de son employeur peut légalement excéder 35 heures avec la pratique des heures supplémentaires. Ces heures supplémentaires ainsi effectuées ouvrent droit à une majoration de salaire ou, sous certaines conditions, à un repos compensateur de remplacement. Elles ne peuvent avoir pour effet de porter la durée du travail au-delà des limites fixées par la loi. Ainsi, la *durée quotidienne maximale* de travail par salarié ne peut excéder dix heures³⁰⁸. Une convention, un accord collectif étendu ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut toutefois porter la durée quotidienne maximale de travail à douze heures³⁰⁹. La *durée hebdomadaire maximale* a quant à elle deux visages. Au cours d'une même semaine, la durée de travail ne peut, heures supplémentaires comprises, dépasser 48 heures. Mais la durée moyenne hebdomadaire calculée sur une période de douze semaines consécutives ne peut dépasser 44 heures. Il peut être dérogé à l'une et l'autre de ces limites sans que la durée du travail puisse jamais, même en cas de circonstances exceptionnelles, excéder 60 heures par semaine³¹⁰.

En droit français, la protection en matière de temps de travail n'a donc qu'un caractère supplétif ; la plupart des règles concernant le temps de travail sont susceptibles de dérogations défavorables au salarié. De ce fait, il n'est plus guère de temps libre qui ne puisse être requis par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction. Cette déstructuration du temps de travail élimine la protection minimale initialement érigée par le législateur, d'autant que la jurisprudence accorde à l'employeur un large pouvoir de modification unilatérale de la répartition du temps de travail³¹¹.

Aux Etats-Unis, le *Fair Labor Standards Act (FLSA)* de 1938, aussi appelée *Wages and Hours Bill*, fut la première loi fédérale à établir un salaire minimal et à proposer une réglementation des heures supplémentaires. Franklin D. Roosevelt, sous la présidence duquel la loi fut promulguée, déclara à ce propos : "*a self-supporting and self-respecting democracy can plead [...] no economic reason for chiseling workers' wages or stretching workers' hours.*"³¹² Le *FLSA* ne prévoit pas de durée quotidienne ou hebdomadaire maximale du travail. Il impose cependant à l'employeur le paiement d'une majoration de salaire lorsque la durée hebdomadaire de travail du salarié dépasse 40 heures³¹³. De plus, les états fédérés sont libres, dans le cadre du pouvoir législatif qui leur est conféré, de fixer une limite à la durée de travail. Ainsi, l'Etat de Californie fixe la durée quotidienne maximale de travail à 8 heures³¹⁴. Toute heure supplémentaire effectuée par le salarié ouvre droit à une majoration de salaire.

³⁰⁸ C. Trav., art. L.3121-34.

³⁰⁹ C. Trav., art. D. 3121-19.

³¹⁰ C. Trav., art. L.3121-36.

³¹¹ *Cass. Soc.*, 17 oct. 2000.

³¹² Citation tirée du discours prononcé par Franklin D. Roosevelt devant le Congrès des Etats-Unis le 24 mai 1937.

³¹³ Fair Labor Standards Act, § 207(a).

³¹⁴ Cal. Lab. Code § 510.

Le *FLSA* pose en principe que toute heure de travail réalisée au-delà de 40 heures par semaine ouvre droit à une majoration de 50% du salaire horaire habituel³¹⁵. Cette disposition n'a qu'un caractère supplétif, puisque l'employeur peut y déroger en prévoyant une majoration de salaire en deçà de 40 heures de travail hebdomadaires.

Enfin, il convient de rappeler qu'il n'existe aucune obligation légale pour l'employeur d'accorder des congés annuels ou des jours fériés chômés aux salariés, ni a fortiori de rémunérer de tels congés. Selon une récente recherche, 98% des employeurs accordent toutefois entre 6 et 20 jours de congés payés par an à leurs salariés³¹⁶. En moyenne, le nombre de congés payés annuels accordés par l'employeur est de 10 jours pour un salarié ayant 1 an d'expérience, de 14 jours pour un salarié ayant 5 ans d'expérience, de 17 jours pour un salarié ayant 10 ans d'expérience et de 19 jours pour un salarié ayant 20 ans d'expérience³¹⁷.

Par un contraste saisissant, les titres II du livre 1er de la troisième partie du Code du travail français rassemblent un nombre sans cesse croissant de dispositions régissant le repos hebdomadaire, les congés payés, les jours fériés. Le législateur impose ainsi un droit à congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail, sans que la durée totale puisse excéder 30 jours ouvrables annuels. Les congés payés sont des périodes de repos impératives en droit français. Elles s'imposent à l'employeur qui doit mettre le salarié en mesure de prendre ses congés et prendre l'initiative de fixer les dates de congés. Les congés annuels payés sont impératifs pour le salarié, lequel ne peut troquer ses droits à congés contre d'autres avantages, fussent-ils plus favorables.

Si l'on s'interroge sur les fonctions de ces divers droits et mécanismes, il apparaît que se mêlent protection de la santé et de la vie personnelle du salarié, réduction du temps de travail et organisation de l'entreprise. La finalité protectrice du droit français imprègne tout particulièrement la question du temps de travail, malgré l'essor d'un récent mouvement en faveur d'un développement de la durée légale du travail³¹⁸. A l'inverse, la législation américaine laisse la détermination du temps de travail et du nombre de congés payés annuels à la seule discrétion de l'employeur. Le principe du congé payé, consacré notamment par la Convention n° 52 de l'OIT du 24 juin 1936 non ratifiée par les Etats-Unis, est ainsi étranger au droit américain en dépit des motifs de santé physique, intellectuelle et morale pouvant justifier la limitation du nombre d'heures de travail.

Paragraphe 2. La rémunération du travail

Si le travail pour le compte et sous l'autorité d'autrui est une activité librement entreprise, elle est souvent, sinon toujours motivée par l'octroi d'une contrepartie. Celle-ci correspond au versement d'une rémunération, ou salaire, source essentielle de revenu pour la majorité des individus. Dans le cadre du contrat de travail, le salaire est l'ensemble des rémunérations ou des prestations

³¹⁵ 29 U.S.C. § 207.

³¹⁶ Christina Lee ; Alexander Alonso ; Evren Esen ; Jennifer Schramm ; Yan Dong, "2014 Employee Benefits: An Overview of Employee Benefits Offerings in the U.S.", *Society for Human Resource Management*, pp. 28–32, Juin 2014.

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ La "loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail" du 20 août 2008 tend ainsi à favoriser la pratique des heures supplémentaires et l'annualisation de la durée du travail.

fournies par un employeur à chacun de ses salariés en rétribution de leurs services³¹⁹. Il apparaît juridiquement comme la contrepartie du travail accompli. L'obligation de payer trouve sa source dans la convention synallagmatique qui unit les parties, dès lors que celle-ci mérite bien la qualification de contrat de travail. C'est ce contrat qui détermine, en principe, le montant, la nature et le mode de calcul du salaire. Si la rémunération est donc bien un élément du champ contractuel, la liberté contractuelle des parties en la matière a des limites (A). Ainsi, l'employeur doit respecter certaines dispositions d'ordre public dans la fixation du salaire, notamment le principe d'égalité de traitement des salariés (B).

A) Salaire et contrat de travail

Le montant du salaire dépend du contrat de travail. En droit français, la Cour de cassation s'est efforcée de préciser les rapports du salaire avec le contrat de travail. Ainsi, "*La rémunération, contrepartie du travail du salarié, résulte en principe du contrat de travail, sous réserve d'une part, du SMIC, et d'autre part, des avantages résultant des accords collectifs, des usages de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur*"³²⁰. En premier lieu, l'Etat fixe un salaire minimum, appelé *salaire minimum interprofessionnel de croissance* (SMIC) en droit français. Du point de vue social, il ne saurait en effet se désintéresser du niveau des rémunérations ; laisser à l'employeur l'entière détermination du salaire mènerait inévitablement à des abus. D'un point de vue plus pragmatique, le salaire minimum constitue également un élément de référence pour l'appréciation du montant de la rémunération versée à un salarié. Le contrat individuel de travail ne peut déroger au salaire minimum dans un sens défavorable au salarié. Verser un salaire brut inférieur au SMIC constitue une contravention de cinquième classe, l'amende étant appliquée autant de fois qu'il y a de salariés concernés³²¹. Au 1er janvier 2015, le SMIC horaire brut est de 9,61 euros, soit 1457,52 euros mensuels. Revalorisé au 1er janvier chaque année, son augmentation correspond au minimum à l'inflation constatée l'année précédente sur la base de l'évolution de l'indice des prix à la consommation plus 50 % de l'augmentation du pouvoir d'achat du salaire horaire de base ouvrier (SHBO)³²². Il s'applique à tous les salariés du secteur privé âgés d'au moins 18 ans et les salariés du secteur public employés dans des conditions de secteur privé. Des exceptions sont prévues par le Code du travail³²³.

Aux Etats-Unis, le *Fair Labor Standards Act (FLSA)* fixe au niveau fédéral un salaire minimum auquel l'employeur ne peut déroger. En 1938, lors de sa promulgation, il fixait un minimum de 0,25 dollars par heure. En 2015, le salaire horaire minimum est de 7,25 dollars³²⁴. Les états fédérés, dans l'exercice du pouvoir législatif qui leur est conféré peuvent toutefois déroger au salaire minimum dans un sens favorable au salarié³²⁵. Ainsi, en 2015, 29 états fédérés sur 50 prévoient un salaire minimum supérieur au minimum fédéral³²⁶. Le salaire minimum n'est pas

³¹⁹ Cass. Soc., 16 septembre 2009, n°08-41191.

³²⁰ Cass. Soc., 20 oct. 1998, Dr. Soc. 1999.

³²¹ C. Trav., art. R. 3233-1.

³²² Source : Insee.

³²³ Il en va notamment ainsi des stagiaires, des travailleurs handicapés, des jeunes en contrat de professionnalisation ou en contrat d'apprentissage, des mineurs ayant moins de six mois de pratique professionnelle dans leur secteur d'activité.

³²⁴ <http://www.dol.gov/whd/minimumwage.html>.

³²⁵ 29 U.S.C. § 218(a).

³²⁶ Ibid § 300.

applicable à certaines catégories de personnes, notamment les étudiants et les travailleurs handicapés³²⁷.

Dans la plupart des Etats, l'employeur n'est pas tenu de verser la totalité du montant du salaire horaire minimum aux salariés dont la rémunération provient essentiellement des pourboires (*tipped employees*). Afin de recevoir la qualification de *tipped employees*, ces salariés doivent occuper un poste par lequel ils reçoivent de manière régulière un montant de plus de 30 dollars de pourboires mensuels³²⁸. Ce sont notamment les serveurs, les majordomes, les porteurs de bagages, les commis de salle. L'employeur sera alors uniquement tenu de verser un taux plancher, à condition que le total de la somme versée et des pourboires directement récoltés par le salarié atteigne le salaire minimum légal. Ce taux plancher est fixé par le FLSA à 2,13 dollars par heure³²⁹. Certains états tels que le Californie et Montana requièrent cependant de l'employeur qu'il verse au salarié la totalité du montant du salaire minimum.

Lorsque s'applique la doctrine at-will, l'employeur peut librement modifier la rémunération du salarié sans son accord ; ces modifications ne peuvent pas, toutefois, avoir un caractère rétroactif. Certains Etats requièrent de l'employeur qu'il notifie le salarié concerné par une réduction de sa rémunération au moins 24 heures avant que cette modification ne devienne effective. C'est notamment le cas de la Caroline du Nord³³⁰. Le salarié qui opposerait son refus à une telle modification de sa rémunération prend le risque de faire l'objet d'un licenciement, à moins qu'une disposition de son contrat de travail n'en dispose autrement.

La rémunération constituant un élément du contrat de travail en droit français, elle ne peut être modifiée sans l'accord du salarié³³¹, même si cette modification est avantageuse pour l'intéressé. Selon la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, une baisse de sa rémunération ne peut être imposée au salarié même si elle est la conséquence d'une réduction du temps de travail ou d'une diminution du volume de travail fourni au salarié³³². L'employeur ne peut donc que proposer la réduction du salaire au salarié, dont l'acceptation doit être expresse. Le refus du salarié, qui exerce sa liberté contractuelle, est en principe légitime ; l'employeur qui entend le licencier ne pourra fonder sa décision que sur la modification proposée et refusée, et non sur le refus lui-même. C'est donc des qualités du motif ayant poussé l'employeur à faire la proposition de modification de la rémunération que dépendra la justification du licenciement.

En définitive, l'employeur français ou américain a le plus souvent la maîtrise du montant du salaire, sous réserve qu'il respecte le salaire minimum, le principe de non-discrimination et le principe d'égalité de traitement des salariés. Cette dernière limite, ainsi que nous allons le voir, n'est cependant pas négligeable.

B) Egalité de traitement des salariés

L'entreprise constitue indubitablement un lieu où l'injustice et les comportements arbitraires trouvent un terrain propice pour se développer. Le droit du travail a notamment vocation à les combattre en fournissant des instruments juridiques adéquats.

³²⁷ 29 U.S.C. § 214(a) - (e).

³²⁸ Ibid.

³²⁹ Ibid.

³³⁰ N.C.G.S. §95-25.13(3).

³³¹ Cass. Soc., 28 janv. et 3 mars 1998.

³³² Voir notamment Cass. Soc., 5 avr. 2006, JCP S 2006.

Dans ce contexte, et malgré les réticences séculaires de l'Etat à intervenir en matière sociale, le Congrès des Etats-Unis promulgua en 1963 le *Equal Pay Act*. Cette loi constitue un amendement au *Fair Labor Standards Act* de 1938 qui régit les salaires et le temps de travail. Elle consacre l'égalité de traitement des salariés et interdit la discrimination basée sur le sexe, son champ d'action étant strictement restreint à la question de la rémunération du travail :

*"[The Equal Pay Act] prohibits an employer from discriminating between employees on the basis of sex by paying wages to employees [...] at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex [...] for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility"*³³³.

Une instance gouvernementale indépendante, la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) est chargée de l'application et du respect de cette loi.

Dans son principe, le *Equal Pay Act* protège tant les hommes que les femmes de la discrimination salariale. Cependant, sa promulgation en 1963 fut principalement motivée par le constat du traitement différencié et de la mésestime subis par les femmes au travail. A la fin de la Seconde Guerre Mondiale, en effet, le marché du travail autrefois majoritairement occupé par les hommes vit apparaître un influx croissant de main-d'oeuvre féminine. Loin d'être payées autant que leurs homologues masculins, même lorsqu'elles exerçaient des fonctions identiques, les femmes subissaient une discrimination salariale manifeste. Le Congrès en fit l'amère constatation lors des débats qui précédèrent la promulgation de la loi : *"many segments of American industry have been based on an ancient but outmoded belief that a man, because of his role in society, should be paid more than a woman even though his duties are the same"*³³⁴. L'instauration d'un encadrement juridique du travail des femmes, lequel garantirait une protection contre les disparités salariales, apparut alors comme nécessaire.

A ce titre, le *Equal Pay Act* pose en principe l'égalité de traitement entre les salariés exerçant les mêmes fonctions et arborant des compétences identiques : *"[the Act]... is limited to equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions"*. Ses ambitions sont humbles : ainsi, seule la discrimination salariale basée sur le sexe entre dans le champ d'application de la loi. Il est en effet laissé au *Civil Rights Act* de 1964 la primeur de la lutte contre toutes les discriminations autres que salariales. En outre, l'égalité de traitement des salariés n'est pas un principe absolu. Quatre exceptions sont ainsi prévues par le *Equal Pay Act* : l'ancienneté ; le mérite ; la quantité ou la qualité de production ; toute différence fondée sur un autre facteur que le sexe.

En France, l'égalité de traitement est un principe plus récent, qui prend sa source dans une diversité de textes. Il est d'abord un principe constitutionnel : la Constitution de 1946 reconnaît en effet dans son préambule (alinéa 3) que *"la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme"*. Il est ensuite la loi du 22 décembre 1973 qui pose le principe de l'égalité des rémunérations auquel est assortie une sanction, celle de la nullité de plein droit de toute disposition contraire³³⁵. Il est le principe "à travail égal, salaire égal" consacré par la Cour de

³³³ 29 U.S.C. § 206(d).

³³⁴ S. Rep. No. 176, 88th Cong., 1st Sess., 1 (1963).

³³⁵ C. Trav., art. L. 140-2.

cassation dans l'arrêt *Ponsolle* en 1996³³⁶. Il est, enfin, la loi du 23 mars 2006 sur l'égalité salariale qui vise à supprimer les écarts de rémunération entre les deux sexes. La Chambre sociale de la Cour de cassation a tenté de préciser le principe d'égalité de traitement en se prononçant sur les critères à apporter en matière d'égalité salariale et les éléments susceptibles de justifier des différences de rémunération entre salariés exerçant des tâches identiques au sein de l'entreprise. La rémunération s'entend ainsi du " *salaire ou traitement ordinaire brut de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature par l'employeur*"³³⁷. En cas de disparités salariales, l'employeur doit nécessairement apporter des justifications objectives et vérifiables de la différence de traitement. La jurisprudence en a consacré quelques-unes : ainsi le statut d'expatrié³³⁸, la compétence ou la qualité du travail³³⁹ et la possession d'un diplôme spécifiquement utile à l'exercice de la fonction occupée³⁴⁰ sont autant d'exemples de justifications objectives d'une différence de rémunération.

Mais l'intervention de l'Etat, particulièrement manifeste en France, ne semble pas suffire à combler l'écart salarial entre les hommes et les femmes. Selon un rapport de l'Organisation de Coopération et Développement Economiques (OCDE) publié en décembre 2012, les femmes françaises ont un revenu salarial inférieur de 13% à celui des hommes³⁴¹. Ce constat apparaît comme un aveu de l'impuissance de l'Etat à établir une réelle égalité de traitement, malgré l'existence d'un arsenal législatif et jurisprudentiel important. De même, en 2010 aux États-Unis, le salaire annuel médian d'un homme travaillant à temps complet s'élevait à 49 221 dollars, tandis que celui d'une femme était de 38 097 dollars, soit un salaire inférieur de 22,6 % à celui de son collègue masculin³⁴². Ces disparités significatives amènent nécessairement à s'interroger sur les limites de la loi en ce qui concerne la consécration tangible et durable du principe d'égalité de traitement.

³³⁶ *Cass. Soc.*, 29 oct. 1996, n° 92-43680.

³³⁷ *Cass. Soc.*, 10 avr. 2002, n°00-42.935.

³³⁸ *Cass. Soc.*, 9 nov. 2005.

³³⁹ *Cass. Soc.*, 8 nov. 2005.

³⁴⁰ *Cass. Soc.*, 10 nov. 2009.

³⁴¹ "Inégalités hommes-femmes : il est temps d'agir", éditions OCDE, 17 décembre 2012.

³⁴² "The Gender Wage Gap : 2014", Institute for Women's Policy Research.

Partie 2.

L'analyse comparative à l'occasion de la rupture du contrat de travail

Le contrat de travail constituant la source quasi exclusive des rapports individuels, il appartient aux seules parties de décider de la durée de la convention et des modalités suivant lesquelles elle prendra fin. Chaque partie dispose ainsi d'un droit de résiliation unilatérale, que les systèmes juridiques français et américain encadrent chacun de manière différente. La divergence de ces deux systèmes juridiques quant à la rupture de leur relation de travail offre des possibilités différentes de protection aux salariés ; cependant, l'équilibre instauré lors de l'élaboration du contrat de travail entre l'employeur et le salarié se trouve bouleversé de manière équivalente par la mise en oeuvre de la rupture de la relation de travail. Les causes et les modes de rupture de la relation de travail sont souvent complexes, particulièrement en droit français ; c'est ainsi que la rupture de la relation de travail, dominé par le principe de liberté des parties, doit nécessairement faire l'objet d'un encadrement législatif ou jurisprudentiel (**Chapitre 1**). Les conséquences de la mise en oeuvre de la rupture de la relation de travail méritent quant à elles une analyse approfondie (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1. La rupture de la relation de travail ou le nécessaire encadrement de l'expression de la liberté des parties

C'est sans nul doute en matière de rupture de la relation de travail que les disparités entre le droit français et le droit américain sont les plus prononcées. Aux Etats-Unis, la rupture du contrat de travail est laissée à la quasi-discrétion de l'employeur et du salarié. Ainsi, il n'existe aucune procédure légale de licenciement, aucun délai de préavis légal et aucune nécessité de justifier d'une raison pour rompre la relation de travail. Ces règles, essentielles en droit français du licenciement, sont étrangères au juriste américain pour qui le principe reste la libre rupture du contrat.

Pourtant, la relation de travail at-will joue essentiellement le même rôle aux Etats-Unis que le contrat de travail à durée indéterminée en France. En effet, ce sont toutes deux des relations de travail « par défaut », c'est à dire qu'elles voient le jour lorsque les parties n'ont convenu d'aucun terme spécifique à la relation de travail ni d'aucune restriction conventionnelle à la rupture unilatérale de la relation. Mais la rupture de la relation de travail reste soumise à des règles substantiellement différentes en France et aux Etats-Unis. A cet égard, il conviendra d'étudier en premier lieu les modes de rupture autres que le licenciement pour motif personnel (**Section 1**), puis en second lieu la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur (**Section 2**).

Section 1 : Les modes de rupture autres que le licenciement pour motif personnel

Outre le licenciement pour motif personnel, fortement réglementé en droit français et laissé à la discrétion de l'employeur en droit américain, il existe une diversité de modes de rupture de la relation de travail. Face à l'ampleur de la matière, il s'avère nécessaire d'en délimiter les contours et d'exclure certains éléments pour ne conserver que les plus significatifs. Il conviendra alors d'étudier dans un premier temps les modes de rupture de la relation de travail alternatifs au licenciement (**A**), puis dans un second temps le licenciement économique individuel (**B**).

Paragraphe 1 : Les modes de rupture de la relation de travail alternatifs au licenciement

L'évocation de la rupture de la relation de travail s'effectue souvent à travers le prisme du licenciement, qui s'impose comme l'un des modes de rupture les plus fréquents mais aussi les plus réglementés - c'est, du moins, le cas en droit français. Mais d'autres modes de rupture de la relation de travail existent. Nous en présenterons dans ce paragraphe un panel non exhaustif, constitué en premier lieu de la démission (**A**) et en second lieu de la rupture du contrat de travail d'un commun accord (**B**).

A) La démission

Ainsi que nous l'avons vu, l'emploi at-will est la forme d'emploi qui s'applique par défaut sur le territoire américain. Elle peut être rompue à la discrétion de l'une ou l'autre des parties à la relation de travail, sans motif, sans préavis et sans indemnité. Si cette libre faculté de rompre la relation de travail est le plus souvent appréhendée à travers le point de vue de l'employeur, il ne faut pas oublier que le salarié peut également quitter la relation de travail de façon spontanée, sans qu'il ne lui soit nécessaire de justifier sa décision.

En pratique cependant, certaines restrictions légales, jurisprudentielles et conventionnelles viennent parfois circonscrire le champ d'action du salarié désireux de quitter la relation de travail. Ainsi, selon une jurisprudence constante, le principe de l'emploi at-will ne s'applique pas lorsque la rupture de la relation de travail viole une disposition d'ordre public³⁴³. De même, les parties à la relation de travail ne peuvent contrevenir à l'obligation de bonne foi et d'équité incluse dans tout contrat (« *covenant of good faith and fair dealing exception* »). Il faut ajouter à cela les limitations au principe de l'emploi at-will posées par certaines législations étatiques et les restrictions contenues dans le contrat de travail du salarié, s'il en existe un. L'employeur est en effet libre d'insérer dans le contrat de travail une disposition prévoyant le respect par le salarié d'un certain délai de préavis en cas de démission.

La grande diversité des règles applicables et l'absence d'unification des dispositions en matière de rupture de la relation de travail aux Etats-Unis engendre ainsi pour le salarié le risque de faire l'objet de poursuites judiciaires en cas de non-respect de la procédure applicable en l'espèce. Avant d'envisager de démissionner, il conviendra donc pour le salarié de vérifier les termes de son contrat de travail ou du règlement intérieur de l'entreprise³⁴⁴. A ce titre, il est nécessaire d'opérer une distinction entre le salarié at-will et le salarié dont la relation de travail est soumise à des termes contractuels spécifiques. Le régime juridique de la démission est similaire en droit américain et en droit français dans la mesure où le principe général demeure la libre rupture du contrat, à tout moment et sans justification. En effet, sauf restriction contractuelle et notamment conventionnelle, le salarié français est libre de rompre le contrat de travail à tout moment sans raison ni préavis. En pratique cependant, on constate des dissemblances entre les deux systèmes.

En France, en vertu de l'article L. 1231-1 du Code du travail, "*le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié ou d'un commun accord*". L'existence et la durée d'un éventuel préavis sont fixées par la loi ou par convention ou accord collectif de travail³⁴⁵. La jurisprudence donne une définition plus complète de la démission. Pour la Cour de cassation, "*la démission est un acte unilatéral par lequel le salarié manifeste de façon claire et non équivoque sa volonté de mettre fin au contrat de travail*"³⁴⁶. Il ressort de cet arrêt que la démission ne peut être qualifiée que si elle présente les deux critères suivants : la rupture du contrat de travail possède un caractère unilatéral et résulte de la seule volonté du salarié, et la volonté de rompre n'est pas équivoque. La démission peut être tacite, à condition que le silence soit éloquent et dépourvu d'ambiguïté. Tel ne sera pas le cas d'une prétendue démission verbale ou écrite : il ne suffit pas qu'un salarié abandonne son poste pour considérer qu'il a manifesté une

³⁴³ Voir notamment *Firestone Textile Co. Division, Firestone Tire & Rubber Co. v. Meadows*, 666 S.W.2d 730 (1983).

³⁴⁴ Mark W. BENNETT, Donald J. POLDEN, Howard J. RUBIN, *Employment Relationships : Law & Practice*, éd. Wolters Kluwer, 2015, p. 251.

³⁴⁵ C. Trav., art. L. 1237-1.

³⁴⁶ *Cass. Soc.*, 9 mai 2007.

intention claire et non équivoque de démissionner. L'abandon de poste peut justifier la mise en jeu d'une sanction, mais il ne constitue pas en tant que telle une rupture du contrat de travail.

Similairement au droit américain, le salarié n'a pas l'obligation de faire connaître à l'employeur les raisons qui motivent sa volonté de mettre fin au contrat de travail. La liberté de démissionner est simplement l'expression de la liberté de ne plus travailler pour le compte d'une personne déterminée ; elle ne requiert aucune justification. La différence principale entre les deux systèmes réside en somme dans l'existence d'un préavis. Si aucune disposition légale spécifique n'en fixe la durée en droit français, la convention collective ou les usages établissent généralement cette obligation et en fixent le contenu. La durée du préavis peut également être prévue par le contrat de travail, à condition qu'elle soit plus courte que la durée prévue par la convention collective ou l'usage. Pendant toute la durée du préavis, le salarié doit exécuter normalement et pleinement les obligations résultant du contrat de travail³⁴⁷. A défaut, l'employeur pourra mettre fin au préavis en invoquant la faute grave du salarié.

B) La rupture du contrat de travail d'un commun accord

En France comme aux Etats-Unis, l'employeur et le salarié peuvent convenir de rompre le contrat de travail en négociant un accord de départ amiable. Conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties au contrat sont en effet fondées, lorsqu'elles le souhaitent, à mettre fin à leurs relations contractuelles d'un commun accord. En droit français, un tel accord prendra la forme d'une rupture conventionnelle, prévue par l'article L. 1237-11 du Code du travail. Aux Etats-Unis, il sera constitué par un accord de départ amiable (*severance agreement*). Les formalités de la rupture du contrat de travail d'un commun accord sont tout aussi souples en France qu'aux Etats-Unis, puisque la procédure repose avant tout sur la négociation. Cependant, l'accord de départ amiable américain ressemble plus à une alternative au licenciement qu'une véritable chance offerte au salarié de se délier de son employeur. Autrement dit, comme nous allons le voir, ce départ amiable paraît plus enclin à favoriser la situation de l'employeur plutôt que celle du salarié.

Le droit français entoure la conclusion de l'acte de rupture d'un formalisme destiné à "*garantir la liberté du consentement des parties*".³⁴⁸ La rupture conventionnelle doit ainsi résulter d'une convention signée par les parties au contrat, qui définit les conditions de la rupture et précise en particulier le montant de l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle et la date de rupture effective du contrat de travail. La signature de la rupture conventionnelle doit être précédée d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels l'employeur et le salarié peuvent se faire assister par un conseiller.³⁴⁹

Aux Etats-Unis, l'accord de départ amiable prend la forme d'un *severance agreement* qui doit être écrit et signé par les parties. Il doit préciser la date de rupture de la relation de travail (*separation date*) et prévoir un délai de réflexion. Une indemnité de départ (*severance payments and benefits*, ou *consideration*) doit également être allouée au salarié : elle constitue une condition de validité

³⁴⁷ Le salarié ne saurait ainsi se libérer en invoquant une nouvelle embauche (en l'absence de disposition en ce sens dans la collection collective) : *Cass. Soc.*, 28 fév. 1979.

³⁴⁸ C. Trav., art. L. 1237-11, al. 3.

³⁴⁹ C. Trav., art. L. 1237-2.

de l'accord de départ amiable. En l'absence d'une telle indemnité, le salarié sera fondé à poursuivre l'employeur en justice.

L'employeur est libre de rajouter dans l'accord de départ amiable les clauses qu'il estime nécessaires à la protection de ses intérêts. Il peut ainsi y insérer une clause de non-dénigrement (*nondisparagement*) par laquelle le salarié s'engage subséquemment à ne pas calomnier ni discréditer l'entreprise, ou une clause de confidentialité (*nondisclosure*) par laquelle le salarié s'engage à ne pas révéler les secrets d'affaires et informations confidentielles dont il a pu prendre connaissance au cours de la relation de travail. L'accord inclut presque toujours une clause selon laquelle le salarié s'engage à ne pas poursuivre son ex-employeur en justice (*release of claims*). Une telle clause est généralement rédigée de la façon suivante :

Release of Claims.

*(a) General Release. In exchange for the Severance Benefits, you hereby generally and completely release, acquit and forever discharge the Company, and its parent, subsidiary, or affiliated entities, along with its and their predecessors and successors and their respective directors, officers, employees, shareholders, partners, agents, attorneys, insurers, affiliates and assigns (collectively, the "Released Parties"), of and from any and all claims, liabilities and obligations, both known and unknown, that arise from or are in any way related to events, acts, conduct, or omissions occurring at any time prior to and including the date that you sign this Agreement (collectively, the "Released Claims").*³⁵⁰

Par cette clause, l'employeur exclut totalement sa responsabilité pour les faits, agissements et événements qui auraient pu survenir dans le cadre de la relation de travail, ainsi que pour toutes les omissions dont il a pu faire preuve. On constate que l'accord de départ amiable, s'il permet au salarié de bénéficier d'un avantage financier non négligeable, s'exécute le plus souvent selon les termes de l'employeur. Ainsi, le renoncement par le salarié à toute possibilité de poursuites judiciaires contre l'employeur constitue une restriction importante à son droit d'agir en justice. On pourra se demander si, dans une telle configuration, il est réellement permis au salarié de donner la pleine mesure de son consentement.

Paragraphe 2 : Le licenciement économique individuel

Le licenciement économique individuel se justifie par un impératif économique conjoncturel ou structurel. Il est donc motivé par une cause *non inhérente* à la personne du salarié, ce qui le différencie des autres types de licenciement. S'il existe en France et aux Etats-Unis, le régime juridique qui le sous-tend arbore des différences substantielles. Le droit français soumet ainsi le licenciement économique individuel à des règles très précises, dans un but évident de protection du salarié. Par contraste, la législation américaine fait preuve d'une étonnante flexibilité, si tant est qu'il existe une réglementation fédérale du licenciement économique. On observe à cet égard que la question du licenciement économique est traitée en à peine quelques pages dans les manuels de droit américain du travail, lorsqu'elle n'est pas simplement passée sous silence. Une analyse du régime juridique du licenciement économique individuel nécessite en premier lieu d'en apporter une définition claire **(A)** puis en second lieu de préciser les règles de procédure y afférent **(B)**.

³⁵⁰ *Separation Agreement - Epocrates Inc. and Robert Quinn, 10 août 2010, www.onecle.com.*

A) Définition du licenciement économique

En France, l'article L. 1233-3 du Code du travail définit le licenciement pour motif économique de la façon suivante : "*Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur, pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques.*" La réorganisation de l'entreprise³⁵¹ et la cessation d'activité de l'entreprise doivent être ajoutées à cette énumération légale.³⁵² Dès lors, le licenciement économique est qualifié lorsque l'employeur allègue un motif qui ne tient pas à la personne du salarié, comme une faute ou un manque de compétence.

Aux Etats-Unis, aucune définition légale ou jurisprudentielle ne précise ce qu'est réellement le licenciement économique. On parlera ainsi de "*dismissal on economic grounds*" ou de "*dismissal for economic reasons*", sans toutefois préciser ce que recouvre le terme "économique". En général, une réduction des effectifs, une restructuration de l'entreprise, des difficultés économiques, une fermeture totale ou partielle de l'entreprise sont considérés comme des motifs économiques. Seule loi fédérale venant - très partiellement - réglementer le licenciement économique, le *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* (WARN) de 1988 impose aux entreprises de plus de cent salariés de respecter un préavis de soixante jours en cas de fermeture temporaire ou définitive d'un établissement ou de mise au chômage partiel. Les licenciements collectifs impliquant au moins 33% des effectifs de l'entreprise et au moins 50 salariés sont également concernés par l'application de la loi³⁵³. L'obligation de respecter un tel préavis, peu contraignante, s'accompagne de plusieurs dérogations. Ainsi, les exploitations agricoles, les entreprises du bâtiment, les entreprises de travail temporaire, les entreprises "en difficulté" (*faltering businesses*) et les entreprises ayant subi une catastrophe naturelle ne sont pas concernées par l'application de la loi WARN³⁵⁴.

B) Règles de procédure

L'entretien individuel préalable au licenciement constitue une spécificité française. De fait, il s'applique tout à la fois aux licenciements pour motif personnel et aux licenciements pour cause économique. Seuls les grands licenciements collectifs de plus de dix personnes dans une même période de trente jours sont dispensés d'organiser un entretien préalable, à la condition qu'il existe une représentation du personnel dans l'entreprise³⁵⁵. Les règles de convocation à l'entretien et le déroulement de celui-ci sont les mêmes que celles prévues en cas de licenciement pour motif

³⁵¹ Cass. Soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690, arrêt "*Vidéocolor*" : "lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation peut constituer un motif économique si elle est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe à laquelle elle appartient".

³⁵² Cass. Soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199.

³⁵³ JAMES W. HUNT et PATRICIA K. STRONGIN, *The Law of the Workplace : Rights of Employers and Employees*, éd. BNA Books, 3e éd., 2000, p. 34.

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ C. Trav., art. L. 1233-38.

personnel³⁵⁶. Il existe toutefois une particularité : lorsque l'employeur convoque un salarié à un entretien en vue d'un licenciement pour motif économique, il doit lui proposer le bénéfice d'un contrat de sécurisation professionnelle, d'un congé de reclassement ou d'un congé de mobilité, ces contrats étant supposés permettre au salarié de bénéficier, après la rupture de son contrat de travail, d'actions de soutien destinées à favoriser son reclassement.

Cette obligation de reclasser est peut-être l'obligation la plus importante qui soit imposée à l'employeur au cours de la procédure de licenciement économique. Elle constitue en tout cas une particularité du droit français. D'origine jurisprudentielle³⁵⁷, elle consiste en l'exigence d'une recherche globale et approfondie, par l'employeur, d'un emploi de substitution pour les salariés menacés par le licenciement économique. Un tel emploi de substitution doit relever de la même catégorie que l'emploi occupé par le salarié, ou constituer un emploi équivalent avec une rémunération équivalente, ou, à défaut et sous réserve de l'accord exprès du salarié, constituer un emploi d'une catégorie inférieure dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Il importe que les offres de reclassement ainsi proposées soient écrites et précises.

Les effectifs de l'entreprise, le nombre de salariés licenciés, l'ancienneté du salarié licencié n'ont pas d'influence sur l'exercice du droit à une priorité de réembauche, lequel bénéficie à tous les salariés. Il est toutefois limité dans le temps : ainsi, il n'est accordé que pendant un délai d'un an à compter de la date de rupture du contrat de travail.

Même si la procédure de licenciement ne se termine pas nécessairement par la notification d'un licenciement, celle-ci est l'issue la plus habituelle de la procédure. A cet égard, la notification du licenciement ne peut être adressée à un salarié moins de 7 jours ouvrables à compter de la date pour laquelle le salarié a été convoqué à un entretien³⁵⁸. La lettre de licenciement doit comporter un motif clair et précis.

Aux Etats-Unis, ainsi que nous l'avons vu, une seule disposition fédérale régit le licenciement économique. La loi WARN impose ainsi aux entreprises de plus de cent salariés de respecter un préavis de soixante jours en cas de fermeture temporaire ou définitive d'un établissement ou de mise au chômage partiel. Les états fédérés disposent parfois d'une législation différente ; c'est notamment le cas du New Jersey, qui impose un (court) préavis de 48 heures, et de l'état de Hawaii qui prescrit le respect d'un préavis de 45 jours.

A l'inverse du droit français, aucun entretien préalable ni aucun droit à une priorité de réembauche n'est prévu par la législation américaine. Seuls certains états ont adopté des mesures favorisant le reclassement des salariés victimes d'un licenciement économique : il en va ainsi de la Californie, du Massachusetts et du Minnesota qui prévoient des mesures de coopération entre l'entreprise en difficulté et le Département du travail de l'état afin de soutenir la réinsertion des salariés³⁵⁹.

Le licenciement économique aux Etats-Unis a donc une portée bien moindre qu'en France, puisqu'il ne concerne que la fermeture temporaire ou définitive d'un établissement de plus de cent salariés et la mise au chômage partiel. De ce fait, et en l'absence d'une réelle législation venant

³⁵⁶ Voir § Chapitre 3, Partie II, Section 2, Paragraphe 1.

³⁵⁷ *Cass. Soc., 1er avr. 1992, Bull. Civ. V, n°228.*

³⁵⁸ C. Trav., art. L. 1233-15.

³⁵⁹ *Ibid* § 349.

réglementer la matière, le salarié ne bénéficie pas d'une protection spécifique lorsque l'entreprise subit de "simples" difficultés économiques et se voit contrainte de réduire ses effectifs. Il pourra dès lors être licencié en l'absence de toute procédure légale, selon la règle de base énoncée par la doctrine at-will. Par contraste, le droit français met en exergue une procédure de licenciement économique très stricte, dont le non-respect peut conduire à la nullité du licenciement.

C'est en matière de droit du licenciement que la finalité éminemment économique du droit du travail américain se révèle particulièrement et offre l'un des contrastes les plus saisissants avec le système juridique français : à un droit porteur d'une forte éthique libérale qui favorise les intérêts de l'employeur, s'oppose un droit construit dans une stricte optique de protection des salariés. La suite de cette recherche, ainsi que nous allons le voir, viendra corroborer cette observation.

Section 2 : La rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur : le licenciement

Le licenciement est l'acte juridique par lequel l'employeur rompt le contrat de travail de manière unilatérale. En France, le droit du licenciement est considéré comme un maillon essentiel, une pièce maîtresse du droit du travail. Protéger la perte d'emploi du salarié permet en effet d'encadrer et de rééquilibrer une relation de travail par essence inégalitaire. Le législateur français considère qu'un licenciement trop aisé, non soumis à une quelconque procédure, ouvre la voie à de nombreux abus de la part de l'employeur. Le droit du licenciement français est un droit complexe, mêlant des régimes juridiques différents et sujet à une forte conflictualité. Il sera alors nécessaire de simplifier son traitement, en privilégiant une approche schématique. Par contraste, le droit américain fait preuve d'une étonnante souplesse : en effet, il est parfaitement étranger à la notion de *droit du licenciement* telle que nous la connaissons en France. Aucune loi fédérale ne régit la rupture de la relation de travail, qui est laissée à la discrétion de l'employeur. Pour autant, ce dernier ne dispose pas d'une liberté sans limites dans l'exercice de son droit de licencier. Il conviendra alors de s'intéresser dans un premier temps au droit commun du licenciement (**Paragraphe 1**), puis dans un second temps aux licenciements prohibés (**Paragraphe 2**) en France et aux Etats-Unis.

Paragraphe 1 : Le droit commun du licenciement

Il sera abordé dans ce paragraphe la question du licenciement pour motif personnel, c'est à dire inhérent à la personne du salarié. Afin de mettre en exergue les divergences entre les systèmes français et américain, seront abordées de manière individuelle la procédure de licenciement en vigueur en France (**A**) et aux Etats-Unis (**B**).

A) La procédure de licenciement en France

Pendant de nombreuses années, le droit de résiliation unilatérale a été considéré en France comme inhérent à l'indétermination de la durée du contrat et, par voie de conséquence, reconnu aussi bien au profit de l'employeur qu'au profit du salarié. Le régime juridique du licenciement ressemblait alors à celui qui est aujourd'hui en vigueur aux Etats-Unis, c'est à dire que l'employeur n'avait pas à justifier d'un quelconque motif pour mettre fin à la relation de travail et ne pouvait engager sa responsabilité en cas de litige qu'à la condition d'avoir commis un abus de droit caractérisé.

Face aux contestations de la doctrine et des organisations syndicales, qui dénonçaient l'absence de garanties du salarié contre un licenciement discrétionnaire, une réforme a été opérée par la loi du 13 juillet 1973. Par cette réforme longtemps attendue, de nombreuses restrictions ont été apportées au droit du licenciement. Désormais, le licenciement doit être précédé d'une stricte procédure se déroulant dans le cadre de l'entreprise ; la convocation du salarié à un entretien, l'audition et l'information préalables du salarié sont ainsi des étapes nécessaires. Ce sont des restrictions *formelles*. Mais la réforme du 13 juillet 1973 a également mis en oeuvre des exigences *de fond* : le droit de licencier est dorénavant subordonné à l'existence d'une cause réelle et sérieuse. L'employeur ne peut plus rompre la relation de travail pour n'importe quel motif ; il doit mettre en avant un motif dont les juges contrôleront le caractère réel et sérieux.

La cause réelle et sérieuse, pivot du droit du licenciement français, n'est étonnamment pas définie par les textes. Aussi, la délimitation de cette notion résulte principalement de la jurisprudence.

Caractère de la cause réelle. La réalité de la cause implique l'existence d'un élément matériel constitué par un fait concret, lié à l'exécution du contrat de travail et susceptible d'être prouvé. Selon les termes des débats parlementaires ayant précédé le vote de la loi du 13 juillet 1973, la "*cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité*". L'employeur doit s'appuyer sur des faits précis, tangibles : la simple allégation ne constitue pas une cause réelle³⁶⁰. Les faits invoqués par l'employeur doivent pouvoir être constatés objectivement et être matériellement vérifiables³⁶¹. Ainsi, la Cour de cassation estime que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse lorsque aucun fait personnel n'est imputable au salarié³⁶².

Caractère de la cause sérieuse. La cause sérieuse est une « *cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement* ». ³⁶³ Elle s'apprécie en fonction du trouble qu'apporterait la continuation du contrat de travail du salarié au fonctionnement de l'entreprise.

La jurisprudence de la Cour de cassation fournit de nombreux exemples quant à l'absence de cause réelle et sérieuse. Ainsi, privent le licenciement de cause réelle et sérieuse : le dépôt d'une plainte contre l'employeur³⁶⁴, une mésentente entre l'employeur et le salarié qui n'est pas préjudiciable au fonctionnement de l'entreprise³⁶⁵, l'insuffisance professionnelle du salarié³⁶⁶, l'absence de lettre de licenciement.³⁶⁷

Le licenciement pour motif personnel peut être un licenciement hors faute ou un licenciement pour faute. Ce dernier est aussi appelé licenciement disciplinaire : le degré de la faute commise par le salarié détermine alors les modalités du licenciement, notamment les conditions

³⁶⁰ Cass. Soc., 5 fév. 2002.

³⁶¹ Cass. soc., 17 janv. 2001.

³⁶² Cass. Soc., 25 avr. 1990, Bull. Civ. n°188.

³⁶³ J.O., 30 mai 1973.

³⁶⁴ Cass. Soc., 28 avr. 2011.

³⁶⁵ Cass. Soc., 12 juil. 1990.

³⁶⁶ Cass. Soc., 29 nov. 2007.

³⁶⁷ Cass. Soc., 7 juil. 2004.

d'exécution du préavis. Trois niveaux de faute justifient le licenciement disciplinaire : la faute simple³⁶⁸, la faute grave³⁶⁹ et la faute lourde.³⁷⁰

La gradation des fautes en droit du licenciement est une particularité qui distingue le droit français du droit américain. Une telle échelle est inconnue aux Etats-Unis, où la notion de faute n'existe pas. En effet, selon la doctrine at-will, l'employeur n'est pas tenu de justifier d'un quelconque motif pour exercer son droit à rompre la relation de travail.

Le droit français impose à l'employeur de respecter une procédure stricte avant toute décision. Il doit ainsi convoquer le salarié à un entretien préalable de licenciement par lettre recommandée ou remise en main propre contre décharge. La convocation doit clairement mentionner l'objet de l'entretien, la date, le lieu et l'heure de l'entretien et la possibilité pour le salarié de se faire assister lors de l'entretien par une personne de son choix³⁷¹. L'entretien préalable de licenciement doit permettre à l'employeur d'indiquer les motifs du licenciement envisagé, et au salarié d'exposer et de défendre ses arguments.

Après l'entretien, l'employeur doit respecter un délai de 2 jours ouvrables au moins avant de faire parvenir la lettre de licenciement au salarié. Son contenu doit faire apparaître de manière claire et non équivoque la nature des faits reprochés et les motifs précis du licenciement. La seule référence à la gravité des faits reprochés ou à une insuffisance professionnelle ne constitue pas une raison suffisamment précise. Un préavis doit être observé, sauf en cas de faute grave ou lourde. Il doit être d'une durée au moins égale à un mois si l'ancienneté du salarié est comprise entre 6 mois et 2 ans, et deux mois pour une ancienneté de 2 années ou plus. Le préavis débute le jour de la première présentation de la lettre de notification, que le salarié en accuse réception ou non. Au terme du préavis, le contrat de travail prend fin. Le salarié doit alors percevoir, en complément de son dernier et s'il y a droit, l'indemnité de licenciement³⁷², les indemnités compensatrices de préavis et de congés payés et la contrepartie financière prévue en cas de clause de non-concurrence.

B) La procédure de licenciement aux Etats-Unis

A l'occasion de la rupture de la relation de travail, l'employeur américain dispose d'un pouvoir fort étendu : la procédure de licenciement est inexistante, le motif de la rupture n'a que peu d'importance et le renvoi est immédiat. Aucune loi fédérale ne prévoit l'existence d'un préavis de licenciement ou l'octroi d'une quelconque indemnité. Cependant, l'employeur et le salarié ont le

³⁶⁸ Il s'agit de la faute ne présentant pas un degré de gravité permettant de répondre aux définitions de la faute grave et de la faute lourde énoncées ci-après. Les faits reprochés doivent cependant être suffisamment réels et sérieux pour justifier un licenciement.

³⁶⁹ La faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise. Pour déterminer l'existence d'une telle faute, sont souvent pris en compte : les circonstances des faits, la gravité de la répercussion sur le fonctionnement ou la réputation de l'entreprise, mais aussi l'ancienneté du salarié, ses fonctions, la répétition de faits fautifs. A cet égard, l'insubordination et les erreurs et négligences sérieuses constituent des fautes graves.

³⁷⁰ La faute lourde se caractérise par l'intention de nuire à l'employeur. Les agressions et dégradations volontaires, le dénigrement de l'employeur, les actes frauduleux constituent ainsi des fautes lourdes. Son régime est particulièrement sévère : outre le licenciement immédiat du salarié, elle entraîne également la suppression du droit aux indemnités de préavis et de licenciement ainsi que la perte de l'indemnité compensatrice de congés payés. L'employeur a également la faculté de demander au salarié la réparation du préjudice subi.

³⁷¹ C.Trav., art. R.1232-1.

³⁷² Prévue par l'article L. 1235-3 du Code du Travail, cette indemnité ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. En cas de licenciement abusif, elle ne fait pas obstacle à l'attribution de dommages et intérêts au salarié.

loisir d'insérer dans le contrat de travail une clause prévoyant une indemnité en cas de licenciement, appelée *severance pay*. Cette indemnité vise à protéger le salarié des difficultés économiques qu'il pourrait rencontrer suite à son licenciement et à le récompenser pour les services rendus à l'entreprise³⁷³. Le salarié licencié pour un motif légitime (*for cause*) ne peut toutefois s'en prévaloir.

Il convient de rappeler une nouvelle fois que l'emploi discrétionnaire est la forme d'emploi par défaut. Les parties peuvent ainsi déroger à cette forme d'emploi en assujettissant la rupture unilatérale de leur relation à des conditions ou des formalités particulières (il s'agira alors d'un « emploi à durée indéterminée dont la rupture unilatérale fait l'objet de restrictions ») ou en prévoyant un terme ou une durée déterminée à la relation d'emploi (il s'agira alors d'un « emploi à durée déterminée »). Cette précision a son importance, puisque les parties au contrat de travail peuvent de leur plein gré refuser les conséquences abruptes de la théorie de l'emploi discrétionnaire. Certes, le droit du licenciement n'existe pas au niveau fédéral ni même local : mais l'employeur et le salarié peuvent prévoir que la rupture de la relation de travail sera soumise à des modalités particulières, dont ils sont libres d'esquisser les contours.

Il reste que, sous prétexte de rentabilité et d'efficacité, l'employeur américain a fréquemment recours au licenciement. L'absence de procédure à respecter lui permet en effet de renouveler ses effectifs au gré de ses humeurs, ce qui aboutit à rendre le marché du travail particulièrement flexible. Nombreux sont alors les salariés à privilégier les contrats de travail à durée déterminée, dont la rupture avant le terme doit être justifiée par un motif légitime.

Si la théorie de l'emploi discrétionnaire fait depuis toujours l'objet de contestations, sa pérennité demeure. Le sort réservé à la *Model Employment Termination Act* de 1991 est significatif de l'état d'esprit qui domine toujours le droit américain : par refus de remettre en cause un principe depuis longtemps ancré dans le système judiciaire ou par conviction politique, aucun Etat n'a encore adopté une loi qui viendrait réglementer la procédure de licenciement. De même, bien que l'état du Montana prohibe les licenciements non justifiés par un motif légitime (*good cause*), on ne peut faire abstraction du fait qu'il codifie tout en même temps la théorie de l'emploi discrétionnaire³⁷⁴.

Les larges pouvoirs accordés aux employeurs en vertu de la doctrine de l'emploi at-will ont poussé certains auteurs à la qualifier de « droit divin des employeurs », faisant ainsi allusion au caractère discrétionnaire et quasi-absolutiste des droits dont ils sont investis en matière de licenciement. Cela ne doit toutefois pas nous faire oublier que cette doctrine peut être invoquée autant par l'employeur que par le salarié.³⁷⁵ Il est possible de déroger à la doctrine de l'emploi at-will en accordant une sécurité d'emploi accrue au salarié dans un contrat individuel de travail ou dans une convention collective. En effet, la relation de travail at-will intervient en l'absence de tout terme contractuel limitant le droit discrétionnaire de licencier de l'employeur. Ainsi, de telles garanties se retrouvent parfois dans des contrats individuels de travail écrits ; de manière générale,

³⁷³ *Coates v. Hill Wholesale Distributing Co.*, La. Ct. App. 2d. Cir. 2007.

³⁷⁴ "Except as limited in this part, employment having no specified term may be terminated at the will of either the employer or the employee on notice to the other for any reason considered sufficient by the terminating party", Montana Wrongful Discharge from Employment Act, § 39-2-902.

³⁷⁵ Clyde W. SUMMERS, « Employment At Will in the United States : The Divine Right of Employers », (2000) 3 U. Pa. J. Lab. & Emp. L. 65.

ce sont les cadres qui sont susceptibles d'en obtenir le bénéfice. Elles sont beaucoup plus courantes dans les conventions collectives de travail, qui prévoient habituellement que l'employeur ne pourra congédier les employés que pour une « cause juste » dont la preuve lui incombe. Enfin, il est important de noter qu'il est plutôt rare que de telles garanties soient faites verbalement, bien que cela demeure une possibilité.

Paragraphe 2 : Les licenciements prohibés

Le droit de licencier conféré à l'employeur ne signifie pas que ce dernier dispose d'un pouvoir absolu en matière de licenciement. Même en droit américain où règne la doctrine at-will, le pouvoir de licencier discrétionnairement connaît des limites **(A)**. Le droit du travail français, plus strict, supprime également le droit de licencier dans un certain nombre de situations précises **(B)**.

A) Les limites au pouvoir de licencier discrétionnairement en droit américain

Le pouvoir de licencier conféré à l'employeur américain n'est heureusement pas sans limites. On rappellera à titre préliminaire que l'état du Montana et de l'Arizona sont actuellement les deux seuls à offrir une protection légale contre le licenciement aux salariés du secteur privé. La loi *Montana Wrongful Discharge From Employment Act*, promulguée en 1987, est la plus largement conçue puisqu'elle interdit tout licenciement dépourvu de *good cause*.³⁷⁶ La loi *Employment Termination Act* de l'Arizona, promulguée en 1996, a une portée beaucoup plus limitée. Elle interdit tout licenciement en violation d'une clause contractuelle, d'une loi de l'Etat ou d'un des neuf principes d'ordre public, limitativement énumérés³⁷⁷.

Les développements jurisprudentiels profitent plus uniformément à l'ensemble des salariés américains. La présomption d'emploi discrétionnaire a perdu son caractère irréfragable et autorise aujourd'hui le salarié à la renverser. Toutefois, trois états, la Floride, la Louisiane et Rhode Island refusent toujours de définir clairement des exceptions à la théorie de l'emploi discrétionnaire³⁷⁸. Les tribunaux ont développé trois exceptions à la doctrine de l'emploi discrétionnaire : ainsi, un employeur ne peut licencier un salarié pour une raison ou dans un but qui constituerait une violation d'un principe d'ordre public (*public policy exception*). De même, il ne peut procéder à un licenciement qui contreviendrait au principe de bonne foi et d'équité (*covenant of good faith and fair dealing*). Enfin, l'employeur doit respecter les engagements et les promesses tacites qu'il a pris envers le salarié et qui assurent à ce dernier une certaine sécurité d'emploi ou un traitement équitable (*implied in fact contract exception*). Ces exceptions à la doctrine de l'emploi « at-will » sont souvent à l'origine de litiges très coûteux aux États-Unis. Elles ne sont pas, cependant, admises dans tous les états.

Ainsi, l'exception d'ordre public n'est pas reconnue par l'Alabama, la Georgie, la Louisiane, l'état de New York et le Rhode Island. Dans les autres états, elle interdit à l'employeur de licencier un salarié pour une raison jugée contraire à l'ordre public. Elle est une extension prétorienne des interdictions légales de licencier par mesure de rétorsion les salariés ayant exprimé un choix qui

³⁷⁶ Montana Wrongful Discharge From Employment Act, § 39-2-901 à § 39-2-914.

³⁷⁷ Ariz. Rev. Stat. Ann. § 23-1501.

³⁷⁸ Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Shroeder, Elaine W. Shoben, Lea S. Vandervelde, *Human Resources and the Law*, éd. BNA Books, 2010, p. 438.

mécontente l'employeur.³⁷⁹ L'ordre public est une notion dont les contours restent flous. Les juristes américains ne sont jamais parvenus à en établir une définition uniforme, pas plus que le droit français qui se contente d'affirmer qu'"on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs".³⁸⁰ Mais la plupart des auteurs rapprochent la notion d'ordre public de l'impérative protection de l'intérêt général.³⁸¹ Pour l'essentiel, l'exception d'ordre public s'ordonne en trois catégories. La première concerne le licenciement du salarié qui refuse d'accomplir un acte criminel ou contraire à l'ordre public ; c'est par exemple le cas du salarié qui refuse de céder aux avances sexuelles de son employeur. La seconde hypothèse intéresse la rupture du contrat suite à la dénonciation de l'employeur en raison de ses actes jugés contraires à la loi ou à l'ordre public. Enfin, la troisième hypothèse concerne le licenciement provoqué par l'exercice d'un droit, d'une liberté ou d'un devoir reconnu par la loi. Ainsi est en droit d'obtenir des dommages et intérêts le salarié licencié pour avoir demandé à bénéficier des indemnités dues en raison de son accident du travail.³⁸²

Le licenciement qui contrevient à la convention de bonne foi et d'équité est plus difficile à prouver. Selon le Restatement (second) of contracts, "*tout contrat impose à chaque partie un devoir de bonne foi et d'équité dans la mise en oeuvre et l'exécution du contrat*".³⁸³ Cette obligation de bonne foi ne diffère pas de celle rencontrée en droit français, l'article L. 120-4 du Code du travail rappelant en effet que "*le contrat de travail est exécuté de bonne foi*". Le droit américain définit la bonne foi comme une "*qualité abstraite et intangible qui comprend notamment une idée d'honnêteté et d'absence d'intention malveillante*".³⁸⁴ En pratique, le contenu de la bonne foi est divers. Les juges ont recours à cette notion pour interdire à l'employeur de priver le salarié d'un droit déjà né ou pour caractériser la fraude et la tromperie de l'employeur ; mais l'étendue de cette exception varie considérablement d'un Etat à un autre.

La violation d'une promesse faite par l'employeur au salarié permet également d'actionner les règles de la responsabilité contractuelle. L'action repose sur la preuve d'une promesse le plus souvent tacite (*implied contract*). Cette exception au principe de l'emploi discrétionnaire n'est cependant pas reconnue par tous les états. Elle est, de plus, difficile à prouver, notamment lorsqu'il s'agit d'une promesse orale. Il appartient au salarié de rassembler les éléments prouvant l'existence de cette promesse, qui consiste la plupart du temps en une promesse de sécurité d'emploi ; ces éléments sont un ensemble de faits ou d'attitudes émanant de l'employeur qui suggèrent au salarié que son emploi est assuré aussi longtemps que son comportement n'est pas répréhensible. En tout état de cause, les juges cherchent toujours à déterminer l'intention des parties et examinent l'ensemble des faits qui entourent la relation de travail pour se prononcer sur l'existence d'un engagement de l'employeur³⁸⁵.

En outre, le principe de l'emploi discrétionnaire connaît une limitation très claire par la théorie de l'abus de droit. L'employeur ne dispose pas d'une liberté *absolue* dans le pouvoir de licencier qui

³⁷⁹ Il est ici fait référence aux "whistleblower and antiretaliation statutes", lesquels constituent un corpus de lois fédérales et étatiques protégeant du licenciement les salariés qui reporteraient un méfait de leur employeur.

³⁸⁰ Art. 6 du Code civil.

³⁸¹ Pour une étude plus approfondie de la notion d'ordre public en droit américain, voir supra § Chapitre 2, section 1.

³⁸² *Goins v. Ford Motor Co., Mich. App. 1983.*

³⁸³ Restatement (second) of contracts, § 205.

³⁸⁴ Black's Law Dictionary.

³⁸⁵ Voir notamment *Rowe v. Montgomery Ward & Co., Inc., 473 N. W. 2d. 268, 1991.*

lui est conféré : le droit américain reconnaît ainsi le licenciement abusif (*abusive discharge*), et ce même lorsque la relation de travail est gouvernée par le principe de l'emploi at-will. Le licenciement abusif est caractérisé par un comportement inapproprié de l'employeur, qu'il soit antérieur³⁸⁶ ou postérieur³⁸⁷ à la rupture du contrat de travail. Le droit américain parle de *outrageous treatment*, un terme que l'on pourrait traduire en français par "comportement abusif". Un tel comportement est caractérisé et constitue un abus de droit lorsque la méthode utilisée pour licencier le salarié est *extrême* et *inadéquate*³⁸⁸. On citera à cet égard l'arrêt de la Cour d'appel de l'Oregon *Watte v. Maeyen*³⁸⁹ dans lequel un employeur fut reconnu coupable de licenciement abusif pour avoir traité un salarié de menteur et de saboteur avant de lui ordonner de quitter immédiatement son lieu de travail sans même lui laisser le temps de récupérer ses affaires personnelles.

Certaines dispositions législatives fédérales limitent également le droit de licencier de l'employeur. Parmi les plus importantes, citons le *National Labor Relations Act* (NLRA) et le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964. La première interdit à l'employeur de licencier un salarié en raison de son appartenance ou de son activité syndicale ; la seconde prohibe tout licenciement fondé sur un motif discriminatoire. D'autres lois fédérales posent également des limitations au droit de licencier de l'employeur, telles que l'*Age Discrimination in Employment Act* qui prohibe le licenciement de tout salarié de plus de 40 ans en raison de son âge, et l'*American with Disabilities Act* qui interdit à l'employeur de licencier un salarié en raison de sa situation de handicap.

Enfin, dans le cas où les parties au contrat auraient négocié une clause soumettant la rupture de la relation de travail à un motif légitime (*just cause*), l'employeur ne peut licencier le salarié de manière injustifiée. Un tel motif légitime devra être défini contractuellement par les parties, dans des termes précis et non équivoques. En cas de litige, toutefois, sept critères sont fréquemment utilisés par les juges et les arbitres pour déterminer si le licenciement est justifié par une cause réelle. Ce sont les *seven tests*, établis en 1966 par l'arbitre Carroll Daugherty³⁹⁰ :

- le salarié a-t-il été prévenu des éventuelles conséquences de ses agissements avant la notification de son licenciement ?
- les règles d'efficience et de performance établies par l'employeur au cours de la relation de travail étaient-elles raisonnables ?
- l'employeur a-t-il procédé à un examen détaillé de la situation du salarié avant de prendre la décision de le licencier ?
- cet examen a-t-il été conduit de manière juste et objective ?
- l'employeur a-t-il obtenu des preuves concrètes de la culpabilité du salarié ?
- les règles établies par l'employeur au cours de la relation de travail ont-elles été appliquées de manière juste et non discriminatoire ?
- la sanction prise à l'encontre du salarié est-elle proportionnée à ses agissements ?

³⁸⁶ On citera par exemple le fait pour l'employeur de détenir un salarié pendant plusieurs heures dans son bureau pour lui faire subir un interrogatoire juste avant de le licencier.

³⁸⁷ On citera l'exemple de l'employeur qui tient des propos injurieux ou diffamatoires envers son ancien salarié.

³⁸⁸ *Agis v. Howard Johnson Co.*, 355 N.E.2d 315, 1976.

³⁸⁹ *Watte v. Maeyen, Or. App.* 1992.

³⁹⁰ *Enterprise Wire Co. and Enterprise Independent Union*, 46 LA 359, 1966.

De manière générale, une réponse négative à l'une de ces questions conduira le juge à considérer que le licenciement est dépourvu de *just cause*. En outre, les évolutions jurisprudentielles ont permis de séparer la *just cause* en deux catégories : (1) un motif économique non inhérent à la personne du salarié et (2) l'inaptitude professionnelle ou le comportement inapproprié du salarié.³⁹¹ Ce dernier doit être substantiel, c'est à dire qu'il doit avoir des conséquences graves et nuire directement à l'employeur³⁹².

On constate donc que la portée des critères du licenciement diffère substantiellement en droit français et en droit américain. Alors que le critère français de la "cause légitime et sérieuse" ne vise que des circonstances qui se rattachent à la personne du salarié ou à sa prestation de travail³⁹³, le critère américain de la « *just cause* » vise non seulement de telles circonstances, mais également des circonstances associées aux besoins de l'entreprise et à la conjoncture économique. C'est là une différence majeure entre les deux systèmes.

B) La détermination des licenciements interdits en France

Similairement au droit américain, l'interdiction de licencier en France ne résulte pas toujours d'un texte légal. Ainsi, l'interdiction peut résulter d'une clause introduite dans le contrat de travail ou dans la convention collective : par exemple, une clause de garantie d'emploi par laquelle l'employeur s'engage à ne pas mettre fin au contrat de travail pendant une durée limitée. De façon plus générale, le respect des libertés fondamentales et de l'ordre public font échec au droit de licencier de l'employeur. A cet égard, il est interdit à l'employeur de violer l'ordre public et les libertés fondamentales des salariés en rompant unilatéralement le contrat de travail : le licenciement prononcé dans de telles circonstances n'est pas seulement un licenciement sans cause réelle et sérieuse, c'est un licenciement illicite dont les juges pourront prononcer la nullité. En outre, le Code du travail prévoit dans plusieurs textes qu'un licenciement ne peut pas être prononcé. Sont ainsi fermement prohibés les licenciements discriminatoires³⁹⁴, les licenciements de personnes qui ont subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement sexuel ou moral³⁹⁵, les licenciements en raison de l'exercice normal du droit de grève³⁹⁶. Le législateur a également entendu rendre effectif le droit des salariés d'agir en justice pour faire respecter ces interdictions légales : sont donc prohibés les licenciements de personnes qui ont témoigné d'agissements de harcèlement sexuel ou moral ou qui ont introduit une action en justice pour faire respecter l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes.

Dans d'autres cas, le licenciement est prohibé mais la loi écarte cette prohibition dans des situations particulières qu'elle vise expressément. Ainsi les femmes enceintes ou venant d'accoucher ne peuvent pas, en principe, être licenciées mais l'employeur recouvre le droit de licencier en cas de faute grave de la salariée non liée à sa grossesse ou en cas d'impossibilité à

³⁹¹ Mark A. ROTHSTEIN, Charles B. CRAVER, Elinor P. SHROEDER, Elaine W. SHOBEN, Lea S. VANDERVELDE, *Human Resources and the Law*, éd. BNA Books, 2010, p. 112.

³⁹² Ibid.

³⁹³ Voir supra, § Partie 2, Chapitre 1, section 2.

³⁹⁴ C. Trav., art. L. 1132-1.

³⁹⁵ C. Trav., art. L. 1153-2 et L. 1153-3.

³⁹⁶ C. Trav., art. L. 1132-2.

maintenir le contrat de travail pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement³⁹⁷. Le régime de l'interdiction de licencier est similaire lorsqu'un salarié a été victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : au cours des périodes de suspension du contrat, l'employeur ne peut rompre ce dernier que s'il justifie soit d'une faute grave du salarié soit de l'impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à l'accident ou à la maladie³⁹⁸.

Les limites au pouvoir de licencier de l'employeur sont donc nombreuses en droit français ; par contraste, les exceptions à la théorie de l'emploi discrétionnaire en droit américain ne parviennent pas à grever le pouvoir disciplinaire de l'employeur, pas plus qu'elles n'amputent son droit de modifier unilatéralement les conditions de travail du salarié. De manière générale, les auteurs estiment qu'étendre les limitations au pouvoir de licencier risquerait de provoquer une indésirable inflation du contentieux, et de soumettre les employeurs à de nombreuses poursuites judiciaires, parfois injustifiées et vexatoires. Il est indéniable qu'un droit du licenciement tel que nous le connaissons en France irait à l'encontre de l'essence même du droit du travail américain, unifié autour de l'entreprise, dont l'intérêt est envisagé du point de vue du seul employeur.

³⁹⁷ C. Trav., art. L. 1225-4.

³⁹⁸ C. Trav., art. L. 1226-9.

Chapitre 2 : Les conséquences de la mise en œuvre de la rupture de la relation de travail

La réciprocité des droits et des obligations des deux parties au contrat de travail (*toute relative en droit américain*) doit s'entendre de deux façons : premièrement, le droit de résiliation unilatérale est dévolu à l'employeur comme au salarié ; secondement, en cas de rupture de la relation de travail, les deux parties disposent de droits mais aussi d'obligations tel que le respect d'un préavis en droit français. C'est dans cette optique que nous analyserons les effets de la rupture du contrat de travail (**Section 1**) puis que nous étudierons les procédures de contestation qui en découlent parfois (**Section 2**).

Section 1 : Les effets de la rupture du contrat de travail

De manière logique, et sans distinction entre les systèmes juridiques français et américain, les conséquences du licenciement varient selon que ce dernier est illégitime ou justifié par un motif réel et sérieux. Ainsi, il conviendra d'étudier dans un premier temps les conséquences du licenciement légitime (**Paragraphe 1**), puis dans un second temps les conséquences du licenciement illégitime et sans cause réelle et sérieuse (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les conséquences du licenciement légitime

Dans une volonté de synthétisation du propos, nous adopterons ici un plan binaire : dans un premier temps, nous étudierons ainsi les conséquences du licenciement légitime en France (**A**) puis dans un second temps nous étudierons les conséquences qu'emporte celui-ci aux Etats-Unis (**B**).

A) En France

Lorsque le licenciement du salarié est légitime, c'est à dire que la procédure prévue par le Code du travail a été scrupuleusement respectée et qu'il repose sur une cause réelle et sérieuse, le salarié aura droit à un préavis, bénéficiera de différentes indemnités et se verra remettre plusieurs documents, dont certains disposent d'un caractère obligatoire.

Respect d'un délai de préavis. En cas de licenciement, le salarié a droit au bénéfice d'un délai de préavis dont l'objectif principal est de lui permettre de préparer la suite de sa carrière professionnelle sans subir immédiatement les effets de la privation de sa rémunération. La première règle, essentielle, est prévue par l'article L. 1234-1 du Code du travail : l'employeur n'a obligation de faire respecter un délai de préavis au salarié licencié qu'à condition que le motif de licenciement ne soit pas une faute grave ou, a fortiori, une faute lourde. La deuxième condition inhérente au respect du délai de préavis est liée à l'ancienneté du salarié puisque l'article L. 1234-

1 alinéa 1 du Code du travail n'impose pas le respect d'un délai de préavis pour le salarié ayant moins de six mois d'ancienneté.³⁹⁹

A défaut de clause conventionnelle, d'une stipulation contractuelle ou d'un usage professionnel, la durée du préavis est calculée en fonction des règles prévues par l'article L. 1234-1 du Code du travail. Ainsi, le salarié bénéficie d'un mois de préavis si son ancienneté est comprise entre six mois et deux ans, de deux mois si son ancienneté est supérieure à deux ans.

Le délai de préavis est un délai préfix, c'est à dire qu'il ne peut être ni interrompu, ni suspendu. La maladie du salarié pendant le délai de préavis, la suspension pour accident du travail ou pour grossesse, la prise de congés payés n'ont pas pour effet de proroger la date de la fin du contrat de travail.⁴⁰⁰ L'exécution du préavis s'impose tant à l'employeur, qui doit en faire bénéficier le salarié, qu'à ce dernier qui est tenu de l'exécuter. Le plus souvent, le préavis est travaillé, ce qui signifie que les parties continuent d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant toute la durée du préavis. Le salarié continuera de percevoir sa rémunération dans tous ses éléments, y compris les avantages en nature. Lorsque le préavis n'est pas travaillé, son régime varie selon que la dispense d'exécution du préavis a été décidée d'un commun accord ou unilatéralement par l'employeur. En cas d'accord entre les parties, la relation de travail prend fin au moment du licenciement. En revanche, si la dispense d'exécution émane de l'employeur, le salarié bénéficiera d'une indemnité compensatrice de préavis.

Les indemnités. Lorsque l'employeur prononce le licenciement du salarié, il doit lui verser une indemnité de licenciement. Cette indemnité est prévue par la loi⁴⁰¹ mais ses conditions sont très souvent améliorées par voie conventionnelle. Elle n'est versée au salarié qu'à deux conditions. En premier lieu, le salarié ne doit pas avoir commis de faute grave ou de faute lourde⁴⁰². En second lieu, le salarié doit disposer d'au moins un an d'ancienneté dans l'entreprise. L'indemnité de licenciement ne constitue pas un salaire mais une allocation destinée à compenser la perte d'emploi pour le salarié. Le montant de cette indemnité est calculé en fonction de la rémunération brute du salarié en incorporant tous les éléments accessoires de sa rémunération, notamment les primes et les avantages en nature.

Lorsque l'employeur a dispensé le salarié d'exécuter son préavis, il devra également lui verser une indemnité compensatrice de préavis. Celle-ci doit prendre en considération toutes les sommes que le salarié aurait dû recevoir s'il avait travaillé durant le préavis. Enfin, le salarié pourra recevoir une indemnité compensatrice de congés payés dont le montant est calculé au prorata des congés auxquels le salarié avait droit mais dont il n'a pas pu bénéficier.⁴⁰³

La remise de documents au salarié. L'employeur est tenu en cas de rupture du contrat de travail de remettre au salarié un certificat de travail et une attestation destinée au Pôle emploi. Le premier document contient la date d'entrée et de sortie du salarié de l'entreprise et la nature de l'emploi qu'il a occupé. Le second sert à attester de la durée de travail accomplie par le salarié dans l'entreprise et du montant de sa rémunération, en vue de calculer ses droits à l'allocation de retour à l'emploi. De manière facultative, l'employeur peut remettre au salarié un document établissant le "solde de tout compte", c'est à dire faisant l'inventaire des sommes versées au

³⁹⁹ La loi, l'usage, une convention collective ou le contrat de travail peuvent cependant déterminer la durée du préavis.

⁴⁰⁰ Cass. Soc., 12 juin 1986, Bull. Civ. V, n° 305.

⁴⁰¹ C. Trav., art. L. 1234-9.

⁴⁰² L'employeur et le salarié peuvent cependant avoir convenu, par le biais notamment du contrat de travail, d'un versement de l'indemnité même en cas de faute grave.

⁴⁰³ C. Trav., art. L. 3141-26.

salarié à l'occasion de la rupture du contrat de travail. Enfin, la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites a créé l'obligation de remettre au salarié, lorsqu'il a été exposé à des facteurs de risque professionnels au cours de la relation de travail, une fiche d'exposition à des facteurs de pénibilité.⁴⁰⁴

On constate donc le fort interventionnisme de l'Etat en matière de licenciement, dont le strict encadrement laisse peu de place aux abus. En France, le droit de licencier est encadré par des exigences de forme, de procédure et de fond. La rupture de la relation de travail est soumise à une procédure stricte et génère des conséquences diverses, au contraire du droit américain où la rupture, caractérisée par son caractère brutal, n'entraîne pour le salarié que le droit de faire ses cartons⁴⁰⁵.

B) Aux Etats-Unis

Il faut ici distinguer les salariés at-will et les salariés dont le contrat de travail prévoit les modalités de la rupture.

Ainsi que nous l'avons vu, l'employeur est redevable de peu aux salariés at-will : la procédure de licenciement est inexistante, le renvoi s'effectue sans préavis et la relation prend fin sans aucune indemnité. Le salarié retourne alors à la situation qui était la sienne avant le début de son contrat de travail, sans se voir compenser la perte de son emploi. Aucune loi fédérale ne fixe en outre un délai pour le versement du dernier salaire au salarié licencié. Certains états prévoient que le salaire doit être versé le jour même du licenciement⁴⁰⁶, d'autres fixent un délai de six jours à compter de la date du licenciement⁴⁰⁷. D'autres encore, comme le Mississippi et la Géorgie, ne prévoient aucun délai.

Cette absence d'*effets* provoqués par le licenciement peut surprendre le juriste français, pour qui le licenciement ne peut se dissocier du respect d'une procédure stricte. Néanmoins, il convient de rappeler que les parties au contrat peuvent entourer la rupture de la relation de travail de garanties telles que nous les connaissons en droit français : elles peuvent ainsi convenir d'une procédure de licenciement, limiter les cas de rupture par un concept général (bonne foi, *just cause*...) ou par une liste limitative des motifs de licenciement, prévoir un délai de préavis, prévoir le paiement d'une indemnité de fin de contrat. A cet égard, les termes du contrat devront être clairs et non équivoques : dans le cas contraire, ils seront inexécutables⁴⁰⁸. L'employeur qui procède au licenciement sans tenir compte des termes du contrat tel qu'il a été négocié avec le salarié devra verser à ce dernier des dommages et intérêts (*liquidated damages*).

Paragraphe 2 : Les conséquences du licenciement illégitime et sans cause réelle et sérieuse

Lorsque le juge considère que le licenciement est illégitime (aux Etats-Unis) ou dépourvu de cause réelle et sérieuse (en France), plusieurs sanctions s'appliquent. Outre la condamnation de

⁴⁰⁴ C. Trav., art. L. 4121-3-1.

⁴⁰⁵ C'est du moins le cas pour les salariés at-will. Les autres salariés, comme nous allons le voir, disposent de certaines garanties en cas de licenciement.

⁴⁰⁶ C'est notamment le cas du Massachusetts et de la Californie.

⁴⁰⁷ On citera comme exemple le Texas.

⁴⁰⁸ *Bertotti v. Philbeck, Inc., S.D. Ga. 1993.* ou l'exclusion des marchés publics

l'employeur au remboursement des allocations chômage prévues par le droit français, que nous ne traiterons pas dans cette étude, le juge peut proposer la réintégration du salarié (**A**) et condamner l'employeur au versement de diverses indemnités (**B**).

A) La réintégration

En France, les sanctions du non-respect de la condition de cause réelle et sérieuse par l'employeur diffèrent en fonction de l'ancienneté du salarié licencié et du nombre de salariés travaillant dans l'entreprise. Ainsi, le salarié disposant d'au moins deux années d'ancienneté au sein d'une entreprise d'au moins onze salariés, peut se voir proposer la réintégration au sein de l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. Une telle réintégration n'est possible que si le salarié et l'employeur ne s'y opposent pas⁴⁰⁹. En pratique, cette solution est très rare : la procédure judiciaire engendre en effet bien souvent une certaine animosité entre l'employeur et le salarié, ce qui ne permet pas de réinstaurer une relation de confiance.

Aux Etats-Unis, la réintégration (*reinstatement*) est beaucoup plus souvent proposée par le juge, bien qu'elle ne s'impose pas aux parties qui sont libres de la refuser. Elle est notamment fréquente en matière de licenciement discriminatoire et de violation par l'employeur du Titre VII du Civil Rights Act de 1964. Les tribunaux recourent plus volontiers à la réintégration lorsque les circonstances de l'espèce laissent croire que les parties seront capables d'instaurer à nouveau entre elles une "relation productive".⁴¹⁰

B) L'octroi d'une indemnité

Le licenciement sans cause réelle et sérieuse ouvre en France comme aux Etats-Unis le droit au versement d'une indemnité pour le salarié. A cet égard, si le droit français offre aux salariés un niveau de protection indéniablement plus élevé que le droit américain, ce dernier met à la disposition des salariés un nombre plus varié de *remèdes* visant à compenser la perte de leur emploi.

En France, comme nous l'avons vu, le montant de l'indemnité versée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse diffère en fonction de l'ancienneté du salarié licencié et du nombre de salariés travaillant dans l'entreprise. Ainsi, le salarié disposant de plus de deux ans d'ancienneté dans une entreprise de onze salariés et plus ne peut se voir octroyer une indemnité inférieure aux six derniers mois de salaire. Cette indemnité est une indemnité *légale*, prévue par l'article L. 1235-3 du Code du travail. Le juge pourra selon sa libre appréciation condamner l'employeur au versement d'une indemnité supérieure à six mois de salaire, en tenant compte notamment de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, de la durée pendant laquelle il s'est retrouvé sans activité et des difficultés qu'il éprouve ou a éprouvées à retrouver un nouvel emploi. Dans le cas du salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté dans une entreprise de moins de onze salariés, aucun plancher ne s'applique. Le juge allouera une indemnité en fonction du préjudice subi par le salarié.

Aux Etats-Unis, le montant de l'indemnité allouée en cas de licenciement injustifié dépend du régime de responsabilité qui fonde l'action des salariés. Ces derniers pourront ainsi contester leur

⁴⁰⁹ C.Trav., art. L. 1235-3.

⁴¹⁰ Ibid § 377.

licenciement sur le fondement de la responsabilité contractuelle (*contract law*), sur le fondement de la responsabilité délictuelle (*tort law*) ou bien sur le fondement des lois fédérales et étatiques. La différence entre responsabilité contractuelle et délictuelle est définie par la Cour Suprême de Californie de la façon suivante : "*contract actions are created to enforce the intentions of the parties to the agreement, but tort law is primarily designed to vindicate social policy*".⁴¹¹ En règle générale, l'indemnité allouée sur le fondement de la responsabilité délictuelle sera supérieure à celle allouée sur le fondement de la responsabilité contractuelle⁴¹².

La relation salariée étant de nature contractuelle, la violation d'une promesse par l'employeur suffit à actionner les règles de la responsabilité contractuelle. Une telle promesse peut être orale, dérivée du comportement de l'employeur ou explicitement contenue dans le contrat de travail. L'indemnité allouée au salarié devra alors compenser la perte occasionnée par les salaires non perçus entre le licenciement et le commencement de l'action en justice : on parle de *back pay*. Une indemnité visant à compenser plus généralement le préjudice occasionné par la perte de l'emploi et les difficultés du salarié à retrouver un emploi comparable sera également susceptible d'être versée : c'est le *front pay*.

En matière de responsabilité délictuelle, les indemnités allouées au salarié sont de plusieurs sortes : elles devront compenser la perte occasionnée par les salaires non perçus mais également l'éventuelle détresse émotionnelle (*emotional distress*) subie par le salarié. En outre, des dommages et intérêts punitifs pourront lui être accordés. De tels dommages, non reconnus par le système juridique français, visent à réparer le préjudice subi par le salarié mais également à sanctionner un acte répréhensible de l'employeur. Le montant des dommages et intérêts punitifs se veut dissuasif afin de prévenir la survenance de comportements abusifs et déloyaux. La nature du préjudice justifiant l'octroi des dommages et intérêts punitifs est souvent variable et imprécise. Certains états soumettent le versement de tels dommages à la mauvaise foi caractérisée de l'employeur, d'autres à la fraude, l'oppression, la violence ou encore l'imprudence.

Si identifier un cas de licenciement injustifié est loin d'être une tâche aisée pour le salarié américain, en raison notamment de la prédominance de l'emploi at-will qui ne souffre que de peu d'exceptions, les sommes en jeu incitent souvent les plus audacieux à s'y risquer. En effet, le montant des indemnités versées aux salariés lésés par un licenciement sans cause est toujours conséquent : entre 50 000 et 300 000 dollars en moyenne.⁴¹³ Le non-plafonnement de ces indemnités aboutit à l'octroi de sommes qui peuvent paraître colossales pour le juriste français : toutefois, il ne faut pas oublier que les actions en contestation du licenciement sont bien moindres aux Etats-Unis qu'en France⁴¹⁴, notamment à cause de la crainte des juges de limiter trop substantiellement le droit de licencier de l'employeur. Ainsi, ces derniers considèrent que leur action est une intrusion illégitime dans le domaine réservé à l'employeur. Par contraste, le droit du travail français doit être abordé dans une perspective contentieuse : la dynamique du recours aux juridictions du travail, par ailleurs inexistantes aux Etats-Unis, est sans comparaison avec celle qui anime le système américain. Ce système a en effet été créé *par et pour* l'employeur, au mépris de toute dimension sociale. L'aptitude des salariés à soutenir leurs prétentions devant un

⁴¹¹ *Foley v. Interactive Data Corp.*, 765 P. 2d 373 (Cal. 1998).

⁴¹² *Ibid* § 377.

⁴¹³ *Ibid* § 377.

⁴¹⁴ Elles sont en tout cas moins souvent recevables : le juge américain est en effet réticent à limiter le pouvoir de licencier de l'employeur.

tribunal est donc moindre, ces derniers préférant de manière générale recourir à la justice privée pour faire valoir leurs droits⁴¹⁵.

Section 2 : Les procédures de contestation

Le salarié qui s'estime lésé dans l'exécution de son contrat de travail n'est pas sans recours. Cela est particulièrement vrai en France, où le droit du travail est imprégné d'une forte dimension sociale. De manière générale, dans la résolution des litiges du travail, les systèmes français et américains laissent aux salariés le choix entre contestations judiciaires (**Paragraphe 1**) et mécanismes alternatifs au contentieux (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les contestations judiciaires

En dehors du conseil de prud'hommes, compétent en matière de litiges individuels du travail, les litiges du travail en France peuvent relever du tribunal d'instance, du tribunal de grande instance et du tribunal de commerce. Nous abandonnerons cependant cette partie complexe du contentieux du travail pour étudier plus en détail les spécificités de la juridiction prud'homale (**A**). Aux Etats-Unis, le contentieux du travail peut être soumis à une pluralité de juridictions (**B**).

A) Le conseil de prud'hommes en France : une juridiction spécialisée dans le contentieux du travail

L'existence d'une juridiction spécialisée du travail en France constitue une différence fondamentale avec le système américain. En effet, aux Etats-Unis, les litiges du travail sont soumis soit aux juridictions de droit commun, soit résolus au niveau de l'entreprise par les organisations syndicales ou, en cas d'échec, par voie de conciliation puis d'arbitrage. Par contraste, l'existence du conseil de prud'hommes constitue une spécificité du système judiciaire français. La création d'une telle juridiction remonte à la loi du 18 mars 1806 et au choix fait par Napoléon 1er d'établir le premier conseil de prud'hommes à Lyon. Au cours du XIXe siècle, les conseils de prud'hommes s'ancrent dans le paysage judiciaire et social de la France. Leur nombre augmente – celui de Paris étant créé en 1844-1847 – pour dépasser les quatre-vingts au milieu du siècle.

Exclusivement compétent en matière de litiges individuels du travail, le conseil de prud'hommes est composé paritairement de conseillers élus, employeurs et salariés. Il fait depuis fort longtemps l'objet de nombreuses contestations, parmi lesquelles l'absence de magistrat professionnel en son sein, sa lenteur et sa compétence limitée. Le principal trait de cette juridiction est d'être composée exclusivement de juges élus non professionnels⁴¹⁶. L'échevinage⁴¹⁷ est écarté et les parties au litige sont ainsi jugées par leurs pairs. Elle est également une juridiction conciliatrice : ainsi, le conseil de prud'hommes règle les différends par voie de conciliation et ne juge qu'en cas d'échec de cette recherche d'un règlement d'accord⁴¹⁸. A cet effet, chaque section comporte un bureau de

⁴¹⁵ Voir infra, § Chapitre 2 Section 2.

⁴¹⁶ Les conseils de prud'hommes sont ainsi composés "*d'un nombre égal de salariés et d'employeurs*" (C.Trav., art. L. 1421-1).

⁴¹⁷ Système d'organisation judiciaire dans lequel les affaires sont entendues et jugées par des juridictions composées à la fois de magistrats professionnels et de personnes n'appartenant pas à la magistrature professionnelle.

⁴¹⁸ C. Trav., art. L. 1411-1.

conciliation et un bureau de jugement. La tentative de conciliation est la première phase, obligatoire, de l'instance prud'homale. Elle constitue une formalité substantielle dont l'omission entraîne la nullité de la procédure.

La compétence du conseil de prud'hommes s'étend à tous les différends individuels nés du contrat de travail. L'existence d'un contrat de travail de droit privé est le premier critère de la compétence du conseil de prud'hommes⁴¹⁹. Ainsi, peuvent s'élever à l'occasion d'un contrat de travail les litiges liés à une contestation portant sur une discrimination à l'embauche ou sur l'existence même du contrat ; ceux relatifs à l'exécution du contrat ; ceux qui naissent de la cessation du contrat. L'article L. 1411-1 alinéa 1er du Code du travail vise en effet "*les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail*".

La compétence du conseil de prud'hommes est d'ordre public : c'est sans doute là son aspect le plus important, et là où réside de manière particulièrement substantielle la différence avec le droit américain. Toute convention dérogatoire, toute clause d'un contrat de travail individuel⁴²⁰ ou d'une convention collective donnant compétence, en matière prud'homale, à un autre ordre de juridictions ou à un conseil territorialement compétent, sont nulles d'une nullité absolue⁴²¹.

Le plaideur qui engage un procès ne doit oublier aucune demande : une fois l'instance achevée, il ne peut plus, en principe, ester à nouveau en justice pour présenter de nouvelles demandes contre un même employeur. Cette règle est celle de *l'unicité de l'instance*. Ainsi, toutes les demandes dérivant du même contrat de travail entre les mêmes parties doivent faire l'objet d'une seule instance à peine d'irrecevabilité.⁴²² La règle n'est cependant pas applicable lorsque le fondement des prétentions est né ou est révélé postérieurement à la saisine du conseil de prud'hommes : de fait, le salarié pourra intenter de manière successive plusieurs procès contre son employeur, à la condition que le ou les procès nouveaux soient basés sur des faits nouvellement découverts.⁴²³

Le déroulement de l'instance est dominé par un double principe : l'oralité de la procédure et le principe du contradictoire. Le principe de l'oralité correspond à une exigence de simplicité et de rapidité. Chaque partie a ainsi la faculté (mais non l'obligation) d'exposer ses prétentions verbalement. Le principe du contradictoire, applicable devant toute juridiction, signifie notamment que nul ne peut être jugé à partir d'éléments qui n'auraient pas été soumis à son examen et à sa critique. Il s'applique en particulier à la production des preuves dont la partie adverse doit être informée.

Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, dont les conventions collectives et les usages qu'il lui appartient lui-même de rechercher⁴²⁴. Le conseil de prud'hommes n'échappe pas à cette règle qui lui interdit de fonder sa décision sur l'équité⁴²⁵.

⁴¹⁹ Ibid.

⁴²⁰ C. Trav., art. L. 1221-5.

⁴²¹ Cass. Soc., 16 déc. 1960.

⁴²² C. Trav., art. R. 1452-6.

⁴²³ Cass. Soc., 25 sept. 2013.

⁴²⁴ Cass. Soc., 3 mars et 5 oct. 1993.

⁴²⁵ Cass. Soc., 11 mai 1994.

Le conseil de prud'hommes est donc une spécificité française en ce qu'un faible nombre de pays possède une juridiction exclusivement consacrée au contentieux du travail. Sa composition originale, le conseil de prud'hommes étant une juridiction paritaire, achève de lui fournir un particularisme certain. Aux Etats-Unis, par contraste, le contentieux du travail est soumis à une variété de juridictions.

B) Le contentieux du travail aux Etats-Unis : l'expression de la liberté des parties dans le choix de la juridiction

Aux Etats-Unis, aucune juridiction n'est dotée d'une compétence exclusive pour connaître des différends relatifs aux licenciements. La solution américaine consiste donc à maintenir une compétence éclatée des juridictions. Cependant, les parties peuvent insérer dans le contrat de travail ou le manuel du salarié une clause attributive de juridiction, laquelle détermine la juridiction compétente en cas de litige. Ce choix de la juridiction dépend bien souvent du fondement de l'action invoqué par le salarié. Ainsi, l'action fondée sur la Common Law sera du ressort des juridictions de droit commun, l'action fondée sur la convention collective sera de la compétence d'un arbitre et l'action fondée sur une disposition législative sera portée devant les tribunaux de droit commun ou une agence administrative. L'organisation judiciaire des Etats-Unis entraîne des difficultés quant à la répartition des compétences juridictionnelles : cependant, en règle générale, la priorité est accordée aux juridictions étatiques.

A cet égard, il convient d'étudier plus précisément l'organisation judiciaire américaine. Aux Etats-Unis, les juridictions fédérales s'opposent ainsi aux juridictions étatiques. La séparation française entre juridictions judiciaire et administrative est inconnue du système américain, qui privilégie l'unité juridictionnelle. Le territoire américain se divise en 11 circonscriptions judiciaires appelées "circuits".

Les juridictions fédérales sont créées par le Congrès. Dans ce cadre, les Cours de district (*United States District Courts*) sont les juridictions de droit commun. Elles sont au nombre de 94. Les Cours d'appel (*United States Courts of Appeals*), au nombre de 12, jugent en appel les décisions rendues par les Cours de district. La Cour Suprême des Etats-Unis se trouve à la tête des Cours de district et des Cours d'appel.

Les juridictions étatiques, enfin, jugent la grande majorité du contentieux. Chaque état connaît sa propre organisation judiciaire. Dans la majorité des Etats, il existe 3 degrés de juridictions : juridictions de première instance, Cours d'appel et Cour suprême. Dix états sur cinquante sont cependant dépourvus de Cour d'appel.⁴²⁶

Par contraste avec le droit américain, le système français facilite donc la tâche aux salariés en réservant une compétence exclusive au conseil de prud'homme en matière de contentieux du travail. Cette solution n'a pas pu être transposée aux Etats-Unis, en raison de l'absence de juridiction nationale unique. Pour certaines matières, certaines agences administratives peuvent toutefois se voir attribuer une compétence exclusive : ainsi, le National Labor Relations Board (NLRB) détient une exclusivité de compétence pour interpréter et mettre en oeuvre les dispositions du *National Labor Relations Act* (NLRA). De fait, le salarié qui se prévaut de la

⁴²⁶ Il s'agit du Delaware, du Maine, du Montana, du Nevada, du New Hampshire, du Rhode Island, du Dakota du Sud, du Vermont, de la Virginie de l'Ouest et du Wyoming.

violation par son employeur des dispositions du NLRA devra saisir le NLRB qui est seul compétent. Il en est de même pour l'Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) qui a compétence exclusive pour connaître des litiges s'élevant dans le cadre du Titre VII du *Civil Rights Act* et de l'*Age Discrimination in Employment Act*.

En dehors de ces cas de compétence exclusive, les parties peuvent se mettre d'accord sur la juridiction qui connaîtra de leurs futurs litiges, conformément à l'idéologie américaine qui accorde une place prépondérante au principe de la liberté contractuelle. En l'absence d'une telle clause, les tribunaux recouvrent la compétence qui leur est originellement attribuée. Par contraste, les clauses attributives de juridiction incluses dans un contrat de travail sont réputées nulles en droit français.⁴²⁷ Une telle interdiction ne peut être envisagée aux Etats-Unis, l'arbitrage constituant la pierre angulaire du système judiciaire américain. Ainsi, le recours à un arbitre pour trancher les litiges entre employeur et salarié représente le mode de règlement des litiges le plus usité aux Etats-Unis. Le salarié qui souhaite contester son licenciement doit se soumettre à une procédure particulière connue sous le nom de « *grievance procedure* ». Elle consiste à tenter de résoudre le litige en établissant une procédure de conciliation entre les parties. Ainsi, l'arbitrage n'est que l'ultime phase de processus cherchant sans succès à concilier les parties. Dans certains cas, le choix de l'arbitre permanent ou d'un tiers impartial incombe au seul employeur, dans d'autres, le salarié peut choisir l'arbitre sur une liste préétablie. Toutefois, le mode d'arbitrage le plus fréquemment utilisé reste celui réalisé par des arbitres professionnels, nommés par l'autorité publique compétente. En outre, les tribunaux détiennent la capacité d'imposer l'exécution d'une sentence arbitrale à une partie récalcitrante et de contrôler la décision rendue par l'arbitre. Le droit américain cherche donc à limiter les recours à une procédure judiciaire en favorisant les modes alternatifs de règlement des conflits.

En conclusion, si le Code du travail français régit et encadre la détermination de la juridiction compétente pour connaître des litiges nés du contrat de travail, le droit américain connaît une compétence éclatée des juridictions. Dans la majorité des cas, le salarié saisira la juridiction de première instance de l'Etat dans lequel il réside. Il peut également recourir aux modes alternatifs de règlement des conflits tels que la transaction et l'arbitrage, particulièrement populaires aux Etats-Unis.

Paragraphe 2 : La prévention des poursuites : alternatives au contentieux judiciaire

Dans l'exercice du pouvoir qui lui est dévolu, l'employeur s'expose de manière constante à d'éventuelles contestations salariales. Ces contestations peuvent prendre la forme de menaces de poursuites judiciaires, lesquelles, lorsqu'elles aboutissent, constituent un risque financier pour l'entreprise. En conséquence, il est judicieux pour l'employeur de faire preuve de prudence afin de prévenir tout contentieux, notamment aux Etats-Unis où les indemnités octroyées aux salariés représentent des sommes considérables. C'est à cette fin que l'employeur peut recourir à certains mécanismes transactionnels **(A)** ou bien organiser une procédure privée de règlement des conflits appelée arbitrage **(B)**.

⁴²⁷ C. Trav., art. L 1221-5.

A) Les mécanismes transactionnels

Le recours au juge est exclusif dans un système français qui éprouve une méfiance caractérisée à l'égard des autres modes de résolution des différends individuels. Seul le juge (spécialisé) est en mesure d'apprécier a posteriori si les faits établis ont pu justifier un licenciement. Tout contentieux est facteur d'insécurité pour l'employeur qui engage un processus de licenciement. C'est la raison pour laquelle la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi tente de favoriser la conciliation devant le bureau de conciliation des conseils de prud'hommes, alors que le taux de réussite devant cette formation permettant d'éviter le passage en formation de jugement est globalement très faible. Ainsi, les parties peuvent mettre un terme définitif au litige portant sur le caractère réel et sérieux du licenciement ou sur la procédure, en contrepartie du versement au salarié d'une indemnité forfaitaire.

La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ; elle permet d'éviter les incertitudes d'un contentieux. La technique juridique de la transaction suppose un échange de concessions, chaque partie renonçant à ses prétentions. L'action en justice du salarié, qui a antérieurement renoncé à toute contestation judiciaire des décisions de l'employeur, sera alors irrecevable.

La transaction ne doit pas être confondue avec l'accord amiable de rupture en droit français. La Cour de cassation considère en effet que les accords transactionnels de rupture sont illicites⁴²⁸ et que la nullité d'une transaction conclue antérieurement à un licenciement constitue une "*nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié*".⁴²⁹ En somme, la transaction ne peut porter que sur les *conséquences* de la rupture.⁴³⁰

Le salarié renoncera alors, par exemple, à contester la légitimité du licenciement dont il a fait l'objet ou le montant des indemnités de rupture qu'il a reçues, en échange du versement par l'employeur d'une indemnité dite transactionnelle. Les concessions effectuées par les parties doivent être réciproques, mais pas forcément d'égale importance. La seule exigence posée par la Cour de cassation consiste en ce qu'elles soient appréciables, et non dérisoires.⁴³¹

La Cour de cassation a également admis la licéité de la transaction forfaitaire, emportant renonciation à toutes réclamations de quelque nature qu'elles soient, relatives tant à l'exécution qu'à la rupture du contrat.⁴³² La transaction ne peut être conclue avant la réception par le salarié de la lettre de licenciement. Les parties ne peuvent transiger "*qu'une fois ce licenciement intervenu et définitif*".⁴³³ La loi leur reconnaît l'autorité de la chose jugée.⁴³⁴

Aux Etats-Unis, le recours aux mécanismes transactionnels est particulièrement fréquent. En effet, l'employeur est souvent désireux d'échapper à une procédure judiciaire dont la longueur et le caractère onéreux sont susceptibles de poser un risque pour l'entreprise. Classiquement, la validité de l'accord est subordonnée à l'existence d'une offre, d'une acceptation et d'une

⁴²⁸ Cass. Soc., 16 juil. 1997.

⁴²⁹ Cass. Soc., 24 oct. 2000.

⁴³⁰ Elle ne peut être conclue qu'à partir de la réception de la lettre de licenciement : Cass. Soc., 14 juin 2006.

⁴³¹ Cass. Soc., 16 juil. 1997 et 2 déc. 1997.

⁴³² Cass., Ass. Plén. 4 juil. 1997.

⁴³³ Cass. Soc., 15 janv. 1997.

⁴³⁴ C.Civ., art. 2052.

consideration. Cette dernière exigence peut être comparée à la nécessité des concessions réciproques en droit français. La valeur des avantages consentis est laissée à la discrétion des parties. En France comme aux Etats-Unis, la volonté des parties doit être claire et les termes de leur accord fixent les limites de la renonciation. Ainsi, le salarié qui renonce à toute action en justice liée à l'indemnisation de son accident de travail est toujours fondé à contester le *motif* de son licenciement prononcé en raison de sa demande d'indemnisation.⁴³⁵ Le droit français apporte une solution similaire, le Code civil disposant que "*les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris [...]*".⁴³⁶ Par ailleurs, la renonciation attentatoire à l'ordre public est considérée comme nulle par les juges américains. Ainsi, le salarié ne peut renoncer à toute disposition relevant de l'ordre public : par exemple, à une action en diffamation. La solution est la même en droit français.

La principale différence entre les systèmes français et américains en la matière tient à la date à laquelle la transaction peut intervenir. Alors que le droit français interdit toute transaction avant la rupture définitive du contrat de travail, ainsi que nous l'avons vu, le droit américain ne pose aucune limitation concernant la date de la transaction. L'existence d'un lien de subordination ne nuit aucunement à la validité de l'accord, ce qui diffère de la solution retenue par le droit français selon laquelle l'état de subordination doit prendre fin avant toute mise en oeuvre d'un mécanisme transactionnel. Toutefois, la renonciation doit être *volontaire* et *consciente*, ce qui interdit au salarié de renoncer à ses droits avant même qu'un quelconque litige ne soit soulevé⁴³⁷.

B) L'organisation d'une procédure privée de règlement des conflits : l'arbitrage

La menace d'un procès est toujours une réalité pour l'employeur, même aux Etats-Unis où le principe de l'emploi discrétionnaire constitue un obstacle à la survenance de litiges trop nombreux. Un contentieux est par essence long, coûteux et aléatoire et constitue un facteur de risques pour l'entreprise. De fait, le règlement privé des conflits constitue une alternative particulièrement attrayante.

Si le droit français se caractérise par sa méfiance à l'égard d'une justice privée, aux Etats-Unis, la résolution des conflits par l'arbitrage est fréquente. Il constitue ainsi une voie alternative à un contentieux judiciaire dont la lourdeur constitue un désagrément tant pour l'employeur que pour le salarié. La clause d'arbitrage, contenue dans le contrat de travail ou dans tout autre document, a en principe un effet impératif : elle prive les parties de toute possibilité d'ester en justice.

Le droit américain fut autrefois hostile aux clauses compromissaires : cependant, leur validité est désormais bien acquise et soutenue par une politique très favorable à leur égard. C'est ainsi qu'en 1925, le *Federal Arbitration Act* fut voté par le législateur fédéral. Cette loi visait à conférer aux règlements privés des conflits la même légitimité que les modes plus traditionnels de règlements des conflits, notamment judiciaires. D'abord considéré avec méfiance, l'arbitrage commence à prendre son essor dans la seconde moitié du 20ème siècle. En effet, la promulgation des lois anti-discrimination dans les années soixante et la création par la jurisprudence des exceptions au

⁴³⁵ *Pope v. Bethesda Health Ctr., Inc.*, 4th Cir. 1987.

⁴³⁶ C. Civ., art. 2049.

⁴³⁷ *Wright v. Southwestern Bell Tel. Co.*, 10th Cir. 1991.

principe de l'emploi discrétionnaire ouvre de nouveaux droits aux salariés et leur offre la possibilité d'agir plus facilement contre l'employeur. L'arbitrage, qui permet de contourner les aléas inhérents au contentieux judiciaire, exerce alors sur les parties à la relation de travail un attrait croissant.

Aux Etats-Unis, la clause d'arbitrage s'analyse en un contrat indépendant. Le droit français connaît une solution similaire. Ainsi, par deux arrêts rendus les 4 et 9 avril 2002⁴³⁸, la Cour de cassation a énoncé l'autonomie de la clause compromissoire en matière interne : "*la clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de l'acte*". Cependant, et c'est là une différence majeure entre les deux systèmes, la clause compromissoire est inapplicable en France en matière de contentieux du travail. En effet, selon l'article L. 1411-4 du Code du travail, "*le Conseil de prud'hommes est seul compétent [...] pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite*".

La clause d'arbitrage légalement valable doit être écrite.⁴³⁹ Cependant, il est peu probable que le salarié américain connaisse la portée exacte de sa renonciation à la date de la signature d'une clause d'arbitrage. De manière générale, la clause proposée à l'embauche laisse peu de place à l'expression d'un jugement libre et éclairé puisque sa validité n'est conditionnée ni par la négociation ni par l'égalité des parties. La proposition prend la forme d'une alternative : accepter la clause ou renoncer à l'emploi. Son caractère purement unilatéral ne fait alors aucun doute.

La Cour Suprême des Etats-Unis n'a pas pris soin de se prononcer sur la nécessité d'astreindre les parties candidates au règlement privé des litiges à une procédure d'arbitrage juste et équitable. A la différence du droit américain, le Code de procédure civile français énumère une série de règles applicables à la mission d'arbitre.⁴⁴⁰ Ces règles visent à protéger les droits élémentaires des parties. Aux Etats-Unis, pourtant, les propositions doctrinales affluent : il est notamment question d'établir des règles pour la sélection des arbitres, d'encadrer la procédure arbitrale, de recourir systématiquement à des organismes spécialisés tel que *l'American Arbitration Association*. A l'heure actuelle, toutefois, peu de Cours font dépendre la validité de l'accord du respect d'un ensemble de règles procédurales.

Les cas de recours contre une sentence arbitrale sont très limités. La *Federal Arbitration Act* en énumère plusieurs : l'annulation de la sentence n'est ainsi possible que lorsqu'elle a été obtenue par corruption, fraude, ou tout autre moyen répréhensible, si l'arbitre est corrompu ou manifestement partial, s'il a manifestement excédé ses pouvoirs et s'il a injustement refusé d'ajourner une affaire ou de considérer certaines preuves.⁴⁴¹ En outre, une sentence arbitrale ne peut jamais être contraire à un principe d'ordre public établi ou à la loi. De manière générale, cependant, les juges sont réticents à admettre les recours contre les sentences prononcées. Cela est dû à une politique américaine particulièrement favorable à l'arbitrage.

⁴³⁸ *Cass. Civ.*, 4 avr. 2002, 00-19.007 et *Cass. Com.*, 9 avr. 2002, 98-16.829.

⁴³⁹ Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 2.

⁴⁴⁰ Art. 1451s. C.P.C.

⁴⁴¹ 9 U.S.C. § 10 et 11.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, un constat s'impose : le droit américain du travail demeure profondément imprégné par une idéologie capitaliste et libérale. De fait, l'intervention de la puissance publique reste modérée en comparaison de l'omniprésence du législateur français. Dans une société qui glorifie l'initiative individuelle, en effet, la réglementation publique est souvent tenue pour contreproductive et inefficace. L'abstentionnisme législatif est considéré aux Etats-Unis comme le plus sûr moyen de protéger la liberté contractuelle ; cette attitude s'inscrit naturellement dans l'idéologie libérale. La liberté contractuelle permet ainsi aux employeurs américains de bénéficier d'une grande flexibilité de gestion.

Cependant, il arrive que les salariés paient le prix de cette flexibilité : en l'absence d'une véritable réglementation du travail, l'employeur est libre de licencier un salarié selon les aléas de son humeur ou d'imposer des conditions de travail accablantes. On ne peut alors s'empêcher de soulever la question de l'intervention étatique en matière de droit du travail : est-elle nécessaire ou accessoire ? En France, le droit reste profondément attaché à l'intervention publique dans les relations de travail. L'abstentionnisme législatif des Etats-Unis en matière sociale est en revanche la marque d'un fort attachement à l'idéologie libérale, et à la liberté en général. Par déférence à l'égard de cette liberté qui lui est supérieure, l'autorité publique doit se maintenir hors de l'entreprise. L'important dispositif de lutte contre les discriminations figure au rang de ces exceptions qui s'expliquent par des considérations culturelles et historiques.⁴⁴²

Les Etats-Unis ont refusé en 1982 l'adoption de la convention de l'OIT n° 158.⁴⁴³ Ils restent à ce jour le seul pays industrialisé à ne pas être pourvu d'un dispositif légal en matière de licenciement.

Toutefois, cette *relative* absence de protection du salarié connaît des avantages. Ainsi, il est indéniable que la flexibilité et l'efficacité du marché de l'emploi américain surpassent celles du marché de l'emploi français. En effet, plus le marché du travail est rigide, plus il est segmenté.⁴⁴⁴ En d'autres termes, moins un employeur a la possibilité de licencier aisément, plus il sera prudent dans ses embauches, au détriment des nouveaux entrants et des profils atypiques ; il pourra même connaître des réticences à embaucher. A titre d'exemple, la France a aujourd'hui une des définitions les plus restrictives au monde du licenciement économique, et reste l'un des seuls pays européens avec l'Espagne à recourir au juge pour décider si le licenciement est justifié en fonction de la situation économique de l'entreprise⁴⁴⁵. Le résultat de cette rigidité réside dans un taux de chômage plutôt conséquent⁴⁴⁶, une pénalisation des seniors et des chômeurs de longue

⁴⁴² Estelle COURTOIS-CHAMPENOIS, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise*, éd. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p.26.

⁴⁴³ Cette convention concerne plus particulièrement la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. Elle prohibe notamment le licenciement d'un salarié sans motif valable.

⁴⁴⁴ Olivier BLANCHARD et Jean TIROLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, éd. La Documentation française, 2003.

⁴⁴⁵ P. Cahuc, S. Carcillo, O. Galland, and A. Zylberberg, "Quelques propositions pour l'emploi des jeunes" in *Réformer en temps de crise*, éd. Claude Bébéar, Institut Montaigne, Manitoba / Les belles Lettres, 2012.

⁴⁴⁶ En moyenne au premier trimestre 2015, le taux de chômage en France est de 10,3% de la population active (Insee).

durée sur le marché de l'emploi et un important recours aux contrats à durée déterminée. Par contraste, dans l'Etat de Virginie où l'emploi at will est particulièrement représenté, le taux de chômage est l'un des plus bas des Etats-Unis avec 4,5 % de chômeurs en moyenne.

Le droit du travail français n'est pas seulement un droit protecteur des salariés ; il est aussi un droit qui répond aux nécessités des modes de production des entreprises. Il est même dit qu'il est « légalisation et normalisation de l'exploitation du travail ». ⁴⁴⁷ En conséquence, peut-on soutenir que l'ordre public français de protection est dirigiste ? Des auteurs classiques l'ont souligné ⁴⁴⁸. Par contraste, le droit américain mêle étroitement le social et l'économique. Il n'est pas un droit du travail exclusivement social, tel que la France le connaît. Dans ces conditions, peut-on parler d'une convergence entre le droit du travail américain et le droit du travail français ? Si ces systèmes de droit diffèrent fortement l'un de l'autre, notamment dans leurs soubassements idéologiques, il est possible d'espérer certaines influences. Ainsi, de nombreux juristes français plaident pour une simplification du droit du travail, qu'ils jugent trop complexe et prompt à entraver l'embauche. ⁴⁴⁹ Du côté des Etats-Unis, les juges et le législateur commencent à admettre une conception un peu plus sociale des relations de travail. Les preuves les plus irréfutables en sont certainement les exceptions apportées à la théorie de l'emploi discrétionnaire.

On peut donc conclure que les droits du travail français et américain ont chacun leurs points forts et leurs faiblesses. S'il est peu probable d'assister un jour à une interpénétration de ces droits, si différents tant dans la forme que dans le fond, il n'est guère utopique d'aspirer à ce que les systèmes français et américain exercent l'un sur l'autre une certaine influence, et adaptent à leurs particularismes des mécanismes étrangers reconnus pour leur efficacité.

⁴⁴⁷ BONNECHÈRE M., « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », Dr. ouvrier 1988, p. 171.

⁴⁴⁸ Voir notamment RIPERT G., « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in Études offertes à Fr. GÉNY, 1934, Tome II, p. 347.

⁴⁴⁹ Voir par exemple Robert BADINTER et Antoine LYON-CAEN, *Le Travail et la Loi*, éd. Fayard, 2015 : Robert Badinter plaide pour l'abolition des 10 000 articles du Code du travail et la substitution de ceux-ci à 50 articles fondamentaux réaffirmés en "50 grands principes" du travail.

Références bibliographiques et jurisprudentielles

Ouvrages

1) Ouvrages en langue française

G. AUZERO & E. DOCKES, Droit du travail, éditions Dalloz, collection Précis, 29e édition, 2015

R. BADINTER & Antoine LYON-CAEN, Le Travail et la Loi, éditions Fayard, 2015

Olivier BLANCHARD & Jean TIROLE, Protection de l'emploi et procédures de licenciement, éditions La Documentation française, 2003

A. COEURET, B. GAURIAU & M. MINE, Droit du travail, éditions Sirey, collection Universités, 3e édition, 2010

M. DAVID, Les travailleurs et le sens de leur histoire, éditions Cujas, 1967

R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, Les grands systèmes de droit contemporains, éditions Dalloz, collection Précis, 11e édition, 2002.

B. HESS-FALLON, S. MAILLARD-PINON & A.M. SIMON, Droit du travail, éditions Sirey, collection Aide-mémoire, 23e édition, 2013.

A. MAZEAUD, Droit du travail, éditions Lextenso, 9e édition, 2014.

G. RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle, in Études offertes à François GÉNY, Tome II, 1934.

2) Ouvrages en langue anglaise

M. BENNETT, D. POLDEN, H. RUBIN, Employment Relationships, Law and Practice, éditions Aspen Law & Business, 2015.

L. BETH NIELSEN & R. L. NELSON, Handbook of Employment discrimination research, Rights and realities, éditions Springer, 2005.

H. BRAVEMAN, Labor and monopoly capital, The degradation of work in the twentieth century, Monthly Review Press, éditions 25th anniversary, 1998.

T. E. CARBONNEAU, Employment Arbitration, éditions Jurisnet LLC, 2e édition, 2006.

R. CARLSON, Employment Law, éditions Wolters Kluwers, 2e édition, 2009.

M. CATHERINE, Employment at will, A state by state survey, éditions Bloomberg BNA, 2015

S. ESTREICHER & M. C. HARPER, Cases and material on Employment Law, éditions Thomson West, collection American Casebook Series, 3e édition, 2008

K. E. FORD, K. E. NOTESTINE & R. N. HILL, Fundamentals of Employment Law, éditions American Bar Association, 2e édition, 2000

R. HANNER WHITE, Employment Law and Employment Discrimination, Essential Terms and concepts, éditions Aspen Law & Business, 1998

J. HUNT & P. K. STRONGIN, The Law of the Workplace : Rights of Employers and Employees, éditions BNA Books, 3e édition, 2010.

B. M. MALSBERGER, Employee Duty of Loyalty, éditions BNA Books, 4ème édition, 2009.

D. O'MEARA, Arbitration of Employment disputes, éditions Wharton School, 2012.

M. ROTHSTEIN, E. SHROEDER, E. SHOBEN, L. VANDERVELDE, Human Resources and the Law, éditions BNA Books, 2010

P. SMITH, A. HODGES, S. STABILE, R. GELY for the Labor Law Group, Principles of Employment Law, éditions West, 2011

ROBERT J. STEINFELD, The invention of free labor, The employment relation in English and American Law, Chapel Hill, 1991

B. WOLKINSON & R. N. BLOCK, Employment Law, The workplace rights of employees and employers, éditions Blackwell Business, 2011

H.C WOOD, A treatise on the law of master and servant, éditions John. D Parsons, 1877

Articles de doctrine

1) Articles de doctrine en langue française

M. ANCEL, Le droit comparé instrument de compréhension et de coopération internationale, *in* Etudes offertes à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p.11

J-M BERAUD, Rencontres de la chambre sociale, 2012.

BONNECHÈRE M., « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », Droit ouvrier, 1988

P. CAHUC, S. CARCILLO, O. GALLAND & A. ZYLLERBERG, Quelques propositions pour l'emploi des jeunes, *in* Réformer en temps de crise, éditions Claude Bébéar, Institut Montaigne, Manitoba / Les belles Lettres, 2012

E. DOCKES, De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur, Analyse juridique et valeurs en Droit social, *in* Etudes offertes à Jean Pélissier, éditions Dalloz, pp.203-211, 2004

A. JEAMMAUD, L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail à propos de l'arrêt Labbane, Droit social, Mars 2001

D. KESSELMAN, Travail et salariat aux Etats-Unis : quels droits, quelles perspectives ?, Revue française d'études américaines 2007/1, n°111, 2007

Lamy Social 2001, n°3874

Rapport de l'OCDE, Inégalités hommes-femmes : il est temps d'agir, éditions OCDE, 17 décembre 2012.

A. SUPIOT, Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe, Rapport pour la commission des communautés européennes, 1992

2) Articles de doctrine en langue anglaise

A. ALONSO, Y. DONG, E. ESEN, C. LEE & J. SCHRAMM, 2014 Employee Benefits: An Overview of Employee Benefits Offerings in the U.S., Society for Human Resource Management, pp. 28–32, 2014

C. COHEN, On-duty and off-duty : employee right to privacy and employer's right to control in the private sector, Employee Responsibilities and Rights Journal, Vol.19(4), pp. 235-246, 2007

INSTITUTE FOR WOMEN'S POLICY RESEARCH, The Gender Wage Gap, 2014

Thèses

E. COURTOIS-CHAMPENOIS, Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise, éditions Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002

Textes législatifs

1) France

Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

Loi le Chapelier des 14 et 17 juin 1791

Loi du 7 juin 1936

Article L 1221-1 du Code du travail

Article L 2221-1 du Code du travail

Article L1411-1 du Code du travail.

Article L.1132-1 du Code du travail.

Article L.1133-2 du Code du travail

Article L. 5323-1 du Code du travail

Article L.121-6 du Code du travail

Article L. 1221-8 du Code du travail

Article L. 121-6 du Code du travail

Article L. 1221-6 du Code du travail

Article L 1225-1 du Code du travail

Article L1132-1 du Code du travail

Article 225-1 du Code pénal.

Article L 1134-1 du Code du travail

Article L 122-45 du Code du travail.

Article L 225-4 du Code pénal.

Article L5221-8 du Code du travail

Article L.1221-2 du Code du travail.

Article L. 1221-1 du Code du travail.

Article L 141-9 du Code du travail

Article L 121-3 du Code du travail

Article L 511-1 du Code du travail.

Loi du 4 août 1982

Loi du 31 décembre 1992

Article L. 1152-1 du Code du travail

Articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail

Article 1135 du Code civil
Article L. 120-2 du Code du travail
Loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978
Article 226-15 du Code pénal
Article L.3121-1 du Code du travail
Article L.3121-3 du Code du travail
Loi Aubry 2 du 19 janvier 2000
Article D. 3121-19 du Code du travail
Article L.3121-36 du Code du travail
Article R. 3233-1 du Code du travail
Loi du 22 décembre 1973
Loi du 23 mars 2006
Article L. 1231-1 du Code du travail
Article L. 1237-11 du Code du travail
Article L. 1233-3 du Code du travail
Loi du 13 juillet 1973
Article 120-4 du Code du travail
Article L. 1132-2 du Code du travail
Article L. 1225-4 du Code du travail
Article L. 1226-9 du Code du travail
Article L. 1235-3 du Code du travail
Article L. 1411-1 alinéa 1er du Code du travail
Loi du 14 juin 2013
Article L. 1411-4 du Code du travail

2) Etats-Unis

Article 29 U.S.C § 623(b).
Article 29 C.F.R. § 1604.6.

Civil Rights Act, 1964

Ark. Code Ann. §§ 20-33-203, 21-15-102

N.Y. Exec. Law § 296, par. 15

Mass. Gen. Laws ch. 6, §§ 167-178.

Age Discrimination in Employment Act, 1967

Pregnancy Discrimination Act, 1978

Americans with Disabilities Act, 1990

Immigration Reform Act, 1986

Cal. Bus. & Prof. Code § 16601.

N.D. Cent. Code § 9-08-06.

Restatement (Second) of Contracts, 1981.

Montana Wrongful Discharge from Employment Act, 1987

Restatement (second) of agency

Article 29 U.S. Code § 654

Occupational Safety and Health Act, 1970

National Labor Relations Act, 1935

Article 29 U.S.C. § 157.

Electronic Communication Privacy Act, 1986

Fair Labor Standards Act, 1938

Equal Pay Act, 1963

Family and Medical Leave Act, 1993

Article 5 U.S.C § 7102.

Freedom of Information Act, 1966

Polygraph Protection Act, 1988

Restatement (second) of Torts

Article 5 U.S.C § 552(b)(6)

Article 29 U.S.C. § 214(a) - (e)

N.C.G.S. §95-25.13(3).

Worker Adjustment and Retraining Notification Act, 1988

Employment Termination Act, 1996

Federal Arbitration Act, 1925

Articles 9 U.S.C. § 10 et 11

Textes internationaux

Convention de l'OIT n° 52 du 24 juin 1936

Textes européens

Directive communautaire n°91-533 du 14 octobre 1991

Références jurisprudentielles

1) Jurisprudences françaises

Cass. Soc., 20 mars 2013, QPC, n°12-40104 et 12-40105.

Civ. 1ère, 2 nov. 2005, n° 03-10.909.

Cass. Soc. 17 oct. 1973.

Cass. Soc., 10 juill. 2002, n° 00-45. 135

Cass. Com. 11 juill. 2006, n°04-20438.

Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-40547.

Cass. Soc. 14 mars 1995, n° 91-43.788.

Cass. Soc., 13 nov. 1991, n°89-41.297.

Cass. Soc. 29 mai 1965, Bull. civ. IV, n°438.

Cass. Soc. 10 janv. 1982, Bull. civ. IV, 28.

Cass. Soc., 11 oct. 1961, Bull. civ., IV, n°845

Cass. Soc. 14 nov. 2000, n°98-42371, Bull. Civ. n°367.

Cass. Soc., ass. plén., 4 mars 1983.

Cass. Soc. 13 nov. 1996, Grands arrêts, n°2, *Dr. Soc.* 1996. 067.

Cass. Soc. 19 déc. 2000, *Dr. Soc.* 2001. 227.

Cass. Soc. 7 déc. 1983.
Cass. Soc. 8 fév. 1979, Bull. Civ. V, n°129.
Cass. Soc. 19 déc. 2000
Cass. Civ. 6 juill. 1931
Cass. Soc., 2 octobre 2001.
Cass. Soc., 2 novembre 2011, n° 09-68272.
Cass. Soc. 28 janv. 2005, Bull. Civ. V, n°35.
Cass. Soc. 9 juill. 1981, Bull. Civ. V, n°689
Cass. Soc. 6 fév. 2001, Dr. Soc. 2001. 439.
Cass. Soc. 15 juin 1999, Dr. Soc. 1999. 842.
Cass. Soc. 14 mars 2000, Bull. Civ. V, n°101
Cass. Soc., 28 fév. 1979.
Cass. Soc., 5 avr. 1995, n° 93-42.690
Cass. Soc., 28 avr. 2011.
Cass. Soc., 12 juil. 1990.
Cass. Soc., 29 nov. 2007.
Cass. Soc., 7 juil. 2004.
Cass. Soc., 12 juin 1986, Bull. Civ. V, n° 305.
Cass. Soc., 25 sept. 2013.
Cass. Soc., 3 mars et 5 oct. 1993.
Cass. Soc., 11 mai 1994.
Cass. Soc., 16 juil. 1997 et 2 déc. 1997.
Cass., Ass. Plén. 4 juil. 1997.
Cass. Soc., 15 janv. 1997.

Conseil Constitutionnel

Décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000

Décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988

2) Jurisprudences de la Cour de Justice des Communautés européennes

CJCE 23 avr. 1991, *Hoefner*, C-41/90, 1991

CJCE 11 déc. 1997, *Job Centre*, C-55/96, 1997

3) Jurisprudences américaines

Cox v. Resilient Flooring Div. of Congoleum Corp., 638 F. Supp. 726, p.737 (C.D Cal. 1986)

Adcock v. Newtec, Inc., Mo. App., 1996

Crane, Russak & Company, Inc., New York, 1972

Schneider v. TRW, Inc., 938 F.2d 986, (9th Cir. 1991)

Soroka v. Dayton Corp., 1991

Womack v. Runyon, 147 F.3d 1298 (11th Cir. 1998)

U.S. Court of Appeal, 7th Cir. 2001

Coppage V. Kansas, 236 U.S. 1, 1915

EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc, 2015

Doe v. Syracuse Sch. Dist., 1981 et Sheriff's Dept. v. State Dept. of Human Rights, 1987

Lochner v. New York, 198 U.S. Supreme Court, 45, 1905

CBM Geosolutions, Inc., v. Gas Sensing Tech., Wyo., 2009

Dumont v. Tucker, Sup. Ct. 1991

Simmons v. Miller, 261 Va. 561, 2001

Bradford v. New York Times, 2d Cir., 1974

H&R Block Eastern Enters. Inc. v. Morris, 11th Cir., 2010

Carney v. Dexter Shoe Co., D.N.J. 1988

Sarris v. Kuhn, 3d Dept. 1995

Labus v. Navistar Intern. Transp. Corp., D.N.J. 1990

Almada v. Allstate Ins. Co., 9th Cir. 2002

Crum v. Walker, Iowa 1950

Davis v. Connecticut General Life Ins. Co., M.D. Tenn. 1990

Leahy v. Federal Express Corp., S.D. N.Y. 1985

Newsom v. Global Data Systems, Inc., La. Ct. App. 3d Cir. 2012

Yarbrough v. Camphor, Miss. 1994

Almada v. Allstate Ins. Co., 9th Cir., Arizona, 2002

Harrod v. Wineman, 125 N.W. 812, 813 (Iowa 1910)

D'Sa v. Playhut, Inc.; Cal. Ct. App. 2000

Fitzgerald v. Salsbury Chem., Inc., 613 N.W.2d 275, 280 (Iowa 2000)

Worley v. Wyoming Bottling Co., Inc., 1 P.3d 615, 622 (Wyo. 2000)

Scott v. Pacific Gas & Elec. Co., 11 Cal. 4th 454 (1995)

Miller v. Massachussetts Mut. Life Ins. Co. (1995)

Wright v. Shriners Hospital for Crippled Children, 1988

Bartels v. Birmingham, U.S. Supreme Court, 1947

Baker v. Barnard Construction Co., 10th Cir. 1998

Dade County v. Alvarez, 11th Cir., 1997

Coates v. Hill Wholesale Distributing Co., La. Ct. App. 2d. Cir. 2007

Agis v. Howard Johnson Co., 355 N.E.2d 315, 1976

Watte v. Maeyen, Or. App. 1992

Enterprise Wire Co. and Enterprise Independent Union, 46 LA 359, 1966

Foley v. Interactive Data Corp., 765 P. 2d 373 (Cal. 1998)

Pope v. Bethesda Health Ctr., Inc., 4th Cir. 1987

Wright v. Southwestern Bell Tel. Co., 10th Cir. 1991

Sites Internet

www.aclu.org/workplace-drug-testing

www.ciett.org/index.php

www.dol.gov/whd/minimumwage.html

www.insee.fr

www.lectlaw.com

www.onecle.com