

REVUE

2017/2

DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

REVUE SOUTENUE PAR L'INSTITUT DES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES DU CNRS

International Association of Labor Law Journals

IALLJ

La **Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale** est membre du « *International Association of Labor Law Journals* », réseau d'échange de publications, d'idées, de développements juridiques et économiques.

Les autres membres de l'association sont :

Análisis Laboral (Pérou)
Arbeit und Recht (Allemagne)
Australian Journal of Labor Law (Australie)
Bulletin on Comparative Labour Relations (Belgique)
Canadian Labour and Employment Law Journal (Canada)
Comparative Labor Law & Policy Journal (États-Unis)
Derecho de las Relaciones Laborales (Espagne)
Diritti lavoro mercati (Italie)
Employees & Employers – Labour Law and Social Security Review : Delavci in delodajalci (Slovénie)
Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht : EuZA (Allemagne)
European Labour Law Journal (Belgique)
Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali (Italie)
Industrial Law Journal (Royaume-Uni)
Industrial Law Journal (Afrique du Sud)
International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (Pays-Bas)
International Labour Review (OIT)
Japan Labor Review (Japon)
Labour and Social Law (Biélorussie)
Labour Society and Law (Israël)
La Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale – RGL (Italie)
Lavoro e Diritto (Italie)
Pécs Labor Law Review (Hongrie)
Relaciones Laborales (Espagne)
Revista de Derecho Social (Espagne)
Revue de Droit du Travail (France)
Rivista giuridica del lavoro e della sicurezza sociale (Italie)
Russian Yearbook of Labour Law (Russie)
Temas Laborales (Espagne)
Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Allemagne)

1

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

LE JUGE ET LE LICENCIEMENT POUR CAUSE ÉCONOMIQUE : ANALYSE DE DROIT COMPARÉ

ALLISON FIORENTINO ET ROCHELLE LE ROUX (COORD.)

P. 6 ALLISON FIORENTINO ET ROCHELLE LE ROUX

LE RÔLE CONTRASTÉ DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

P. 16 RACHEL ARNOW-RICHMAN

POUR UNE LOI AMÉRICAINE SUR LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES

P. 24 SÉBASTIEN RANC

LA (RE)CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE DU DROIT DU LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE EN FRANCE

P. 32 HUGO BARRETTO GHIONE

LE POUVOIR DE L'EMPLOYEUR ET LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN URUGUAY : UNE ANALYSE CRITIQUE DE L'OPINION DOMINANTE

P. 38 NICOLA GUNDT

UNE RÉFORME LÉGALE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE AUX PAYS-BAS, SOURCE D'INCERTITUDE

P. 46 ROCHELLE LE ROUX

L'ÉQUITÉ PROCÉDURALE ET L'ÉQUITÉ SUBSTANTIELLE DANS LE CADRE DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE EN AFRIQUE DU SUD : UN DOUBLE TROUBLE

P. 54 TÁMÁS GYULÁVARI

OMBRES ET LUMIÈRES DU LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE DANS LA JURISPRUDENCE HONGROISE

P. 62 TOSHIHARU SUZUKI

LE POUVOIR CRÉATEUR DU JUGE EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE AU JAPON

P. 70 MARILYN J. PITTARD

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES EN AUSTRALIE : UN CADRE LÉGAL ÉQUITABLE ?

P. 80 PASCALE LORBER

LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES AU ROYAUME-UNI : LES JUGES EN QUÊTE DE CONFORMITÉ AVEC LE DROIT EUROPÉEN

P. 88 ISABELLE MARTIN ET GUYLAINE VALLÉE

LES MESURES DE PROTECTION DE L'EMPLOI DU SALARIÉ LICENCIÉ POUR DES MOTIFS ÉCONOMIQUES EN DROIT QUÉBÉCOIS ET FÉDÉRAL CANADIEN

2

JURISPRUDENCE SOCIALE INTERNATIONALE

COMMENTAIRES

- p. 96** **FILIP DORSEMONT**, Professeur Université Catholique de Louvain et à l'Université Saint-Louis de Bruxelles
- p. 112** **MARIACHIARA MERCORIO**, Attachée temporaire d'Enseignement et de Recherche, Université Paris 1, Doctorante en droit du Travail

ACTUALITÉS

- p. 122** **MARIE LAFARGUE**, Maître de Conférence, Université de Vannes
- p. 126** **ELENA SYCHENKO**, Doctorante, Université de Catane

3

LITTÉRATURE DE DROIT SOCIAL COMPARÉ : APERÇU RÉTROSPECTIF DE 2015

AUTONOMIE OU SUBORDINATION DU DROIT DU TRAVAIL ? DÉBATS HORS DES FRONTIÈRES NATIONALES EN 2015

- p. 132** **MATTEO BORZAGA**, Università degli Studi di Trento
- MARIALAURA BIRGILLITO**, Castilla - La Mancha Universidad
- MANUEL ANTONIO GARCIA-MUÑOZ ALHAMBRA**, Castilla - La Mancha Universidad

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

COORDONNÉE PAR

ALLISON FIORENTINO

ET

ROCHELLE LE ROUX

**LE JUGE ET LE LICENCIEMENT POUR CAUSE ÉCONOMIQUE :
ANALYSE DE DROIT COMPARÉ**

RACHEL ARNOW-RICHMAN

Professeur et Directeur, Chauncey Wilson Memorial Research
Sturn College of Law, Université de Denver

POUR UNE LOI AMÉRICAINE SUR LES LICENCIEMENTS ÉCONOMIQUES

En novembre 2016, au lendemain de sa victoire surprise, le président élu des États-Unis, Donald Trump, annonce qu'il a négocié avec succès le maintien de 1 000 postes voués à être délocalisés au Mexique⁰¹. Carrier, un fabricant de climatisation, accepte de garder les salariés dans son usine de l'Indiana en échange d'une baisse des taxes d'Etat et d'autres avantages gouvernementaux. On assiste ici à une démonstration théâtrale, pour ne pas dire suspecte, de la promesse de préserver les emplois américains, élément clé de la campagne de Trump⁰². L'une des nombreuses questions autour de la présidence de Trump réside dans sa capacité à tenir de telles promesses. Il subsiste encore plus de doutes sur la sagesse économique de son approche. La conclusion de tels accords entre l'exécutif et des employeurs pris individuellement ne pourra contrer les puissantes forces du marché qui sous-tendent l'érosion de la production industrielle américaine⁰³. Dans ce cas, le problème principal n'est pas de protéger les emplois, mais de mettre les travailleurs à l'abri des conséquences de cette inévitable évolution.

Comme nous allons le voir, il manque actuellement aux États-Unis une « législation sur les licenciements »⁰⁴ ainsi qu'une doctrine cohérente sur les licenciements pour des raisons économiques. La rhétorique de Trump suggère qu'il est peut-être temps de changer cela. Dans un premier temps, nous démontrerons comment la législation américaine sur les licenciements réside principalement dans les pratiques volontaires des employeurs (I). Dans un deuxième temps, nous situerons cette lacune dans son contexte historique, le droit du travail contemporain ayant évolué dans un contexte de sécurité économique où le problème de la perte d'emploi allait de pair avec une motivation hostile de la part des employeurs (II). Dans un troisième temps sera envisagée la revendication de l'adoption d'une indemnité de licenciement obligatoire comme premier pas vers une législation américaine des licenciements, lorsque la relation de travail prend fin pour des motifs économiques (III).

01 T. Mann, "Carrier Will Receive \$7 Million in Tax Breaks to Keep Jobs in Indiana", *The Wall Street Journal*, 2 décembre 2016.

02 N. D. Schwartz, "Trump Sealed Carrier Deal with Mix of Threat and Incentive", *The New York Times*, 1^{er} décembre 2016.

03 "Trumponomics: The President-Elect's Perilous Trade Policy", *The Economist*, 5 janvier 2017.

04 L'anglais américain contemporain utilise le terme « *layoff* » (licenciement économique) pour désigner une fin de la relation de travail non souhaitée pour des raisons économiques non liées aux performances des travailleurs.

I - La législation sur les licenciements économiques dans un monde d'emplois discrétionnaires -de gré à gré- (*employment at will*)

Comme le droit du travail américain dans son ensemble, la régulation des licenciements économiques est fragmentaire. Aux États-Unis, la relation d'emploi dans le secteur privé est considérée comme étant discrétionnaire, ce qui signifie qu'elle peut être rompue par l'une des parties à tout moment, avec ou sans raison. Divers textes et principes du droit commun interdisent aux employeurs de licencier pour des motifs manifestement abusifs. Chacune de ces exceptions exclut une motivation particulière des actions de l'employeur. Aucune législation américaine n'exige des employeurs qu'ils justifient réellement leur décision en matière d'emploi. Dans un tel système, les licenciements économiques ne constituent pas une réelle inquiétude ; ils sont même plus défendables que de nombreuses formes de licenciements arbitraires tolérés par cette relation d'emploi discrétionnaire. Une seule législation fédérale impose aux employeurs une obligation directe relative à la réduction des effectifs : la loi WARN (*Worker Adjustment, Notification & Retraining*)⁰⁵(A). Cette loi exige des grandes entreprises d'informer les travailleurs préalablement à des licenciements massifs ou à la fermeture d'une usine. En l'absence de tout autre contrainte réglementaire pesant sur les employeurs, les droits des travailleurs en matière de licenciement économique, dans la mesure où ils existent, découlent exclusivement de contrats privés (B).

A - WARN : une version « light » de la législation sur les licenciements économiques

La loi WARN, votée en 1988, traduisait la volonté du Congrès d'aborder le problème de la suppression d'emplois pour motif économique. Le projet de loi donnait une réponse complète imposant aux entreprises de lourdes obligations dans la tradition européenne. La loi finale, résultat de 15 ans de débats législatifs, impose une seule chose : les entreprises sont tenues d'informer les salariés frappés de licenciement économique 60 jours avant la résiliation de leur contrat selon les conditions établies par la loi⁰⁶.

L'obligation d'information préalable de la loi WARN s'applique de manière limitée. Elle ne concerne que les grandes entreprises (au moins 100 salariés) et uniquement dans le cas de licenciements massifs d'au moins cinquante salariés à temps plein⁰⁷. En l'absence de choix discriminatoire, les salariés licenciés dans le cadre de licenciements économiques non concernés par cette loi ne disposent d'aucun droit statutaire contre leur employeur. Ils sont tenus de trouver un autre emploi par eux-mêmes et, s'ils n'y parviennent pas, de demander des indemnités de chômage.

La loi WARN prévoit de nombreuses exceptions, notamment celles des « entreprises en difficulté » et des « circonstances imprévisibles »⁰⁸. La première s'applique lorsque l'information préalable imposée par la loi WARN est susceptible de mettre en danger la capacité d'une entreprise en difficulté à obtenir les financements nécessaires à sa sauvegarde. La seconde libère les employeurs de leur obligation d'information lorsque les événements menant au licenciement économique ou à la fermeture ne pouvaient pas être anticipés. Ces exceptions doivent être interprétées strictement, conformément à l'objectif de réparation de la loi WARN. En effet, des tribunaux ont refusé d'appliquer l'exception d'entreprise en difficulté en l'absence de preuves que l'application de la loi WARN aurait

05 29 U.S.C.A. § 2101 *et seq.* (2017).

06 29 U.S.C.A. § 2102 (2017).

07 29 U.S.C.A. § 2102(a) (2017). Dans le cas où le licenciement économique n'implique pas de fermeture d'usine, les salariés concernés doivent représenter au moins 33 % des effectifs de l'entreprise. Si tel n'est pas le cas, le licenciement doit concerner au moins 500 personnes.

08 29 U.S.C.A. § 2102(b) (2017).

mis en danger le maintien de financements actifs et réalistes en mesure d'éviter les licenciements économiques⁰⁹. En revanche, ils ont eu tendance à valider le recours à la clause des circonstances imprévisibles. Certains tribunaux ont, par exemple, accepté les arguments d'entreprises concernant un événement déclencheur dû à un tiers, comme la perte d'un client important, même si cet événement ne faisait qu'accélérer un déclin commercial déjà connu¹⁰. Lorsque l'exception s'applique, l'employeur est simplement tenu de respecter l'information préalable ; il n'existe pas d'obligation de verser des salaires pour les éventuels jours perdus¹¹. Étant donné que beaucoup d'événements WARN, voire la plupart, résultent de plusieurs forces économiques, cette exception permet aux employeurs d'éviter les obligations minimales imposées par la loi justement dans les cas qu'elle était censée traiter.

B - L'indemnité contractuelle de licenciement

Les obligations limitées imposées par la loi WARN signifient que, dans le cas de la plupart des travailleurs licenciés pour des raisons économiques, tout droit vis-à-vis de l'employeur dépend exclusivement d'une entente privée. De nombreuses entreprises s'engagent volontairement à verser une indemnité de licenciement aux salariés concernés dans le cadre d'une politique interne, de bonnes pratiques ou d'un contrat. Selon les circonstances, il est possible d'obliger légalement les entreprises à tenir de tels engagements.

De manière générale, les travailleurs américains ne disposent pas de contrats écrits formels. Ils sont engagés à la suite d'une offre orale ou écrite qui ne précise que les conditions principales, telles que la description de poste et le salaire. Les exceptions concernent les cadres de haut niveau et les travailleurs syndiqués. Les premiers négocient généralement des conditions de travail garanties et une indemnité de licenciement lorsque la relation de travail prend fin. En l'absence de motif grave, l'employeur qui met fin au contrat doit continuer à verser le salaire du cadre, soit pour une période convenue, soit jusqu'à la fin du contrat¹². Les travailleurs syndiqués, qui représentent une petite minorité de la main-d'œuvre aux États-Unis, sont protégés par une convention collective¹³. Dans les secteurs où ils gardent la mainmise, les droits en cas de licenciements négociés par les syndicats sont nombreux. Parmi les stipulations classiques des conventions collectives, on note la protection de l'ancienneté, les préavis, l'indemnité de licenciement, le maintien de l'assurance médicale, ainsi que des rappels de salaire, dont le volume dépend de la puissance du syndicat, de la situation financière de l'employeur et des habitudes dans le secteur concerné.

Pour les travailleurs n'entrant pas dans ces catégories, l'accès aux indemnités dépend de la volonté de l'entreprise ou de l'intérêt de l'employeur. À de nombreux égards, proposer des prestations en cas de licenciement économique peut être avantageux pour les employeurs. Les salariés qui bénéficient d'indemnités sont souvent inéligibles au chômage. En payant une indemnité de licenciement, l'employeur est donc exempté des conséquences fiscales applicables lorsque la relation de travail prend fin¹⁴. Les employeurs peuvent également utiliser le paiement d'indemnités pour induire des conditions de fin avantageuses à la relation de travail. Ils peuvent ainsi proposer le paiement d'une indemnité en échange d'un renoncement à toute plainte contre l'entreprise ou pour obtenir du salarié

09 Cf. p. ex., *Childress v. Darby Lumber*, 357 F.3d 1000 (9th Cir. 2004).

10 Cf. p. ex., *Halkias v. Gen. Dynamics Corp.*, 137 F.3d 333 (5th Cir. 1998).

11 29 U.S.C.A. § 2102(b)(3) (2017).

12 Cf. J.S. Stewart & S.T. Randall, "What Do CEOs Bargain For?: An Empirical Study of Key Legal Components of CEO Employment Contracts", *Wash. & Lee L. Rev.* 231, 2006, 63, p.231.

13 Près de 10,7 % des travailleurs américains sont syndiqués. Cf. Economic News Release, Bureau of Labor Statistics, U.S. Dept of Labor, Union Members (26 jan. 2017).

14 Le taux de cotisation des employeurs au système de chômage est plus ou moins lié au nombre de plaintes qu'ils subissent.

une clause initiale de non-concurrence. Proposer une indemnité de licenciement a aussi des avantages pour le moral des salariés. Les travailleurs se sentent plus en sécurité et sont plus productifs quand ils savent qu'ils bénéficieront d'un maintien de salaire en cas de licenciement, et l'effet néfaste d'un licenciement sur les autres salariés est moins important si la fin de la relation de travail avec les salariés concernés se passe bien¹⁵. Enfin, les employeurs qui garantissent une indemnité dans le cadre d'un plan permanent peuvent bénéficier d'avantages fiscaux proportionnels à la valeur de ce plan.

Il existe peu de données fiables sur le paiement volontaire d'indemnités de licenciement par les entreprises. Un programme établi garantit généralement une somme non définie basée sur la durée d'emploi, souvent une semaine de salaire par année d'ancienneté et plafonnée. Ce montant peut être substantiel pour les salariés les plus anciens et il dépasse souvent les avantages proposés par les assurances chômage. Toutefois, des estimations suggèrent que la proportion des salariés y ayant accès est faible, et que cette couverture est en baisse¹⁶. De plus, les travailleurs se retrouvent souvent face à des obstacles lorsqu'il s'agit de faire valoir leurs droits en cas de carence de l'employeur. En cas de plan formel, la législation fédérale régissant les plans de retraite et de prévoyance des entreprises exige des employeurs de se conformer aux conditions de leurs propres plans¹⁷. En revanche, toute action par des salariés demandant le versement d'indemnités dans le cadre de politiques qui ne sont pas couvertes par ces dispositions relèvera du droit des contrats qui laisse aux employeurs une grande latitude pour modifier ou annuler leur politique de versement de l'indemnité.

Les travailleurs non couverts par un programme établi par l'employeur peuvent tout de même obtenir des indemnités en cas de licenciement planifié. Dans ce cas, les employeurs proposent des avantages dans le but stratégique d'éviter le mécontentement du salarié, voire une action en justice de sa part. Les travailleurs concernés sont alors tenus, en échange d'une indemnité, de signer un document stipulant qu'ils n'engageront pas de poursuites suite à la rupture de la relation de travail ou concernant la relation de travail dans son ensemble. La législation fédérale exige que de telles décharges soient signées en pleine conscience et de manière volontaire et, dans le cas de renoncements à la protection contre les discriminations en raison de l'âge, les employeurs sont tenus de respecter une procédure particulière¹⁸. Cependant, de telles protections ne modifient pas la contrainte importante pesant sur le choix des salariés, à savoir la perspective de la perte immédiate de tout revenu pour une durée indéterminée. Ainsi, les salariés sont tenus de renoncer au peu de droits légaux dont ils disposent pour bénéficier de celui dont ils ont le plus besoin, à savoir le droit à un maintien de salaire temporaire lorsque la relation de travail prend fin pour des raisons économiques et non en raison d'une faute de leur part.

II - Le droit du travail dans un monde sans licenciement économique

Pour résumer, ce qui manque à la législation américaine, c'est un mandat global exigeant le maintien d'un salaire et des avantages sociaux à la suite d'un licenciement pour des raisons économiques. Les travailleurs n'ont accès *ad hoc* à de tels droits que par le biais compliqué de lois qui ne sont pas prévues à cet effet. En effet, le droit américain sur les ruptures abusives se compose presque exclusivement de principes limitant la liberté de l'employeur dans les licenciements pour des raisons *non* économiques.

15 Cf. L. Hecht Harrison, *Severance & Separation Practices: Benchmark Study*, 6th ed., 2014.

16 J. Bishow & D. O. Parsons, *Trends in Severance Pay Coverage in the United States, 1980-2001*, 2004.

17 29 U.S.C. § 1132(a) (2017).

18 Parmi ces étapes, laisser aux salariés le temps d'examiner le document avec un avocat et une période de rétractation. *See* 29 U.S.C. § 626(f) (2017).

LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

Il y a une explication historique à cette lacune. Le droit du travail contemporain est le fruit de la croissance économique et de pratiques d'emploi stable qui ont été la tendance dominante au cours de presque tout le XX^e siècle. Les années d'après-guerre ont été marquées par une prospérité en augmentation, l'émergence de marchés intérieurs de masse et la montée en puissance de grandes sociétés. Ces sociétés avaient besoin d'une main-d'œuvre constante et engagée, riche d'une connaissance spécifique à leur entreprise pour leur permettre de saisir les opportunités existantes. Il en a découlé une entente implicite, ou « contrat social », garantissant aux salariés la sécurité de l'emploi, des augmentations régulières et de nombreux avantages en échange de loyauté et d'un travail acharné¹⁹. À cette époque, le risque de licenciement économique n'était pas une inquiétude ; on considérait que les entreprises protégeaient les travailleurs contre les fluctuations normales de l'activité²⁰.

Dans ce contexte, le risque de licenciement arbitraire est devenu la principale source de préoccupation des défenseurs des travailleurs et des juristes. Le contrat social de stabilité de l'emploi pour un travail de qualité s'appliquait tout seul : les sociétés avaient toutes les raisons de retenir les bons salariés tant que leurs entreprises prospéraient²¹. Il arrivait parfois que des dirigeants d'entreprise agissent individuellement pour des raisons propres, injustes, voire basées sur de l'animosité. Les conventions collectives se sont emparées de ces cas en insistant sur l'exigence d'un motif valable en cas de licenciement, sur des politiques disciplinaires progressives, et sur des procédures de recours ou d'examen en cas de décision suspecte. L'ère des droits civils a mis en lumière le mauvais traitement des minorités raciales et d'autres groupes historiquement exclus, et a provoqué la montée en puissance de législations fédérales interdisant certaines discriminations dans les décisions liées à l'emploi²². Les États ont créé leurs propres versions de ces lois et ont promulgué des protections supplémentaires - parfois idiosyncratiques - pour les travailleurs²³.

Jusqu'aux années 1980, les tribunaux ont aussi contribué à l'accroissement de lois sur les licenciements pour motifs abusifs, reconnaissant des « exceptions » de droit commun à l'emploi discrétionnaire. Ces jurisprudences empêchaient les employeurs de licencier sans « motif » (exigence d'une justification commerciale ou liée aux performances des salariés), ou de rompre le contrat pour des raisons abusives contraires à l'ordre public (dénonciation ou refus d'obtempérer à un ordre illégal)²⁴. Les licenciements économiques restaient à l'écart des préoccupations principales des tribunaux et des décideurs politiques ; il était connu que le système de l'emploi discrétionnaire s'érodait dans son ensemble. Partant de là, les chercheurs ont appelé à l'adoption d'une règle de juste cause universelle ; un seul État a promulgué une législation en ce sens, celui du Montana²⁵.

Cependant, tandis que ce mouvement législatif de défense des salariés gagnait, le contrat social qui l'avait inspiré se détériorait. À partir des années 1970, la croissance économique ralentissait et les États-Unis devaient faire face à une forte concurrence de fournisseurs étrangers. Le rôle des syndicats diminuait, du fait de protections légales amoindries et d'une tolérance croissante vis-à-vis des conflits

19 P. Cappelli, *The New Deal At Work: Managing The Market Driven Workforce*, 1996.

20 Kevin F. Hallock, « Job Loss and the Fraying of the Implicit Employment Contract », *J. Econ. Perspectives* 69, 2009.

21 E. B. Rock & M. L. Wachter, « The Enforceability of Norms and the Employment Relationship », 144, *U. PA. L. REV.*, 1913, 193.

22 Cf. p. ex., 42 U.S.C.A. § 2000e-2 (2017).

23 On citera par exemple des lois offrant une protection aux victimes de violence domestique, aux fumeurs et aux utilisateurs des réseaux sociaux.

24 S. J. Schwab & R. S. Thomas, "What Do CEOs Bargain For?: An Empirical Study of Key Legal Components of CEO Employment Contracts", *Wash. & Lee L. Rev.* 63, 231, 2006.

25 Cf. Code du Montana § 39-2-903 qui classe les raisons économiques.

du côté des employeurs²⁶. Les employeurs se sont alors trouvés face à une importante pression pour réduire les coûts, tout en disposant de davantage d'options pour réagir en cas de grèves ou d'actions collectives en délocalisant ou en sous-traitant le travail²⁷. Dans les années 1980, les entreprises licenciaient environ 2 millions de travailleurs par an²⁸. Le licenciement économique moderne était né.

Lorsque ces changements drastiques de l'économie sont survenus, la structure du droit du travail américain était déjà bien établie. L'introduction de la loi WARN, justement au moment des premiers signes de déclin, aurait pu être le signe d'une réorientation de la législation, en passant du contrôle des motifs inadmissibles de rupture de la relation de travail à une régulation de l'incidence et des conséquences des licenciements légaux. Mais ce n'est pas ce qui s'est passé. Des propositions initiales qui exigeaient des employeurs de négocier avec les travailleurs concernés, de proposer une aide à l'adaptation et un droit à la formation, et auraient aidé les parties à envisager des alternatives aux licenciements ont cédé la place à une loi qui n'offrait aux travailleurs qu'une information préalable par rapport à un *fait accompli*²⁹.

Il est clair que les licenciements économiques de masse de la fin du XX^e siècle n'étaient pas la réponse dramatique à un événement économique isolé, mais annonçaient le début d'une nouvelle ère pour les affaires. Dans un marché toujours plus rapide et globalisé, les sociétés se sont senties forcées d'ajuster leurs effectifs pour répondre aux exigences en évolution, de s'adapter aux nouvelles technologies et de rester compétitives pour fournir des produits et des services au coût le plus bas possible. Ainsi, le licenciement économique est devenu une réalité durable pour les travailleurs dans tous les secteurs et à tous les niveaux de compétence, et non pas seulement le dernier clou dans le cercueil de la production américaine³⁰. L'engagement des employeurs de fournir un travail sur le long terme a été remplacé par le message selon lequel la sécurité de l'emploi dépend du marché externe. Dans un tel environnement, la préoccupation du droit du travail liée aux motifs abusifs apparaît anachronique, pour ne pas dire hors sujet³¹. Il existe un besoin désespéré d'une loi sur les licenciements économiques qui permette des transitions sécurisées.

III - Vers une loi américaine sur les licenciements économiques

De ce point de vue, la rhétorique politique actuelle entourant le licenciement économique ne correspond pas à la réalité. La décision de Trump de protéger les emplois de production aspire à se replier sur un contrat social du milieu de XX^e siècle basé sur un modèle de travail à vie dans une industrie, modèle en voie de dépérissement dans l'économie globale. Les politiques conçues dans une telle fin, en particulier si elles sont associées à des interventions spécifiques comme l'accord Carrier, risquent d'investir du capital politique dans des solutions qui n'aideront probablement pas les travailleurs sur le long terme.

Pourtant, le climat politique présente un potentiel important de réforme législative. Lorsqu'ils auront reconnu l'irréductibilité des pertes d'emploi, les législateurs et les politiques pourront concentrer leurs efforts sur l'atténuation des coûts de la transition entre deux emplois. L'adoption d'une

26 On notera l'adoption de la loi *Taft-Hartley Act* de 1947, l'avènement des «lois étatiques sur le droit au travail» et la jurisprudence permettant aux entreprises de remplacer de manière permanente les travailleurs en grève.

27 L. Uchitelle, *The Disposable American: layoffs and their consequences*, 2007.

28 R.W. McHugh, "Fair Warning or Foul? An Analysis of the Worker Adjustment and Retraining Notification (WARN) Act in Practice", *Berkeley J. Employment and labour law*, 1, 14, 1993.

29 *Id.*

30 R. Arnow-Richman, "Just Notice: Re-Reforming Employment At Will", 58 *UCLA L. Rev.* 1, 2010.

31 *Id.*

LE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

loi fédérale sur les indemnités pourrait constituer une première étape. Actuellement, le versement d'indemnités est une pratique volontaire plutôt qu'un droit du travail à proprement parler. Le chômage est considéré comme relevant du système de sécurité sociale qui sert de filet de sécurité pour les individus licenciés qui ne retrouvent pas un autre travail³². Il n'existe aucune obligation directe des employeurs de fournir une quelconque forme de maintien de salaire en cas de rupture de la relation de travail. Les salariés ne peuvent donc compter que sur les modestes allocations gouvernementales pour combler le manque à gagner et les employeurs sont peu incités à chercher des alternatives au licenciement dans leur quête de profit et d'efficacité.

La loi fédérale WARN offre une plateforme pour promulguer un acte général sur les indemnités de licenciement. Elle a été formulée de façon à n'aborder que la question de l'information préalable, un choix jugé essentiel pour assurer son adoption finale. Les partisans démocrates de la loi ont même été jusqu'à rejeter un amendement qui aurait établi l'indemnité de licenciement comme alternative à l'information préalable, par crainte d'imposer davantage d'obligations financières aux employeurs. Mais cette distinction artificielle a créé une rigidité superflue pour les employeurs comme pour les salariés. Dans l'arène internationale, où les lois sur l'information préalable sont courantes, les employeurs ont généralement la possibilité de proposer une période de préavis ou d'offrir une indemnité compensatoire. Un tel système impose une obligation sur laquelle les salariés peuvent compter et offre aux employeurs une souplesse dans l'évaluation et la gestion des coûts des licenciements.

Les conséquences malheureuses d'un texte sur la seule information préalable sont tangibles dans l'interprétation souple des circonstances imprévisibles et de leurs conséquences. On peut comprendre que les employeurs soient incapables de fournir un préavis de 60 jours dans les cas où le licenciement a été précipité par des événements imprévus, mais il n'y a pas de logique similaire à exonérer les employeurs du paiement d'une indemnité de licenciement. Aujourd'hui, les travailleurs ont droit au paiement compensatoire uniquement pour la période limitée pendant laquelle un préavis aurait été possible. En d'autres termes, un salarié qui n'est pas informé par son entreprise des circonstances économiques précaires doit la poursuivre en justice en s'appuyant sur un droit qui dépend fortement des faits pour obtenir ne serait-ce qu'une compensation partielle³³. Le risque est amplifié par le principe de bonne foi de la loi WARN, qui libère entièrement un employeur de toute responsabilité s'il est de bonne foi et dans la mesure où il avait de bonnes raisons de croire que la non information était légale³⁴.

Même la transformation de la loi WARN en un texte sur les indemnités de licenciement, et l'exclusion du champ d'application de l'entreprise en difficulté, n'aideront que les salariés concernés par des licenciements d'une ampleur suffisante dans une entreprise suffisamment grande pour relever d'un texte à couverture très limitée. De tels événements ne représentent qu'un sous-ensemble des licenciements économiques ; de nombreux débats existent sur le fait que la définition de l'employeur et des événements couverts pourrait être élargie. En effet, certains Etats ont étendu la couverture aux entreprises de leur territoire en promulguant des « mini-lois WARN » plus favorables aux salariés. Une loi WARN fédérale révisée pourrait intégrer des périodes de préavis et des indemnités graduées pour ne pas accabler les petites entreprises.

32 Le système de chômage a été décrit comme un « programme public de garantie d'allocations pour combattre la pauvreté ». K. M. Casebeer, "Unemployment Insurance: American Social Wage Labor Organization and Legal Ideology", 35 *B.C.L. Rev.* 259, 263, 1994.

33 Il n'existe pas de tribunal du travail spécialisé aux États-Unis ni d'agence gouvernementale ayant autorité pour faire appliquer la loi WARN.

34 29 U.S. Code § 2104(a)(4).

Enfin, il serait intéressant de voir si la loi WARN ne pourrait pas être réformée autrement pour encourager les employeurs à envisager des alternatives aux licenciements. Les économistes du travail comprennent mal pourquoi les sociétés semblent préférer les licenciements à d'autres pratiques de réduction des coûts, comme la baisse des salaires ou la réorganisation du travail, qui pourraient avoir la même efficacité avec moins de conséquences dommageables pour les salariés. Le texte initial de la loi WARN comportait l'obligation pour les employeurs de consulter les salariés sur les licenciements ou les fermetures anticipées ; un chercheur a proposé de réintroduire cette exigence³⁵. De telles obligations sont, bien entendu, une composante de la loi européenne sur les licenciements. Par contraste, dans tout système discrétionnaire, où peu de salariés bénéficient d'une représentation syndicale, il est facile de supposer qu'une telle exigence ne donnerait lieu qu'à un simulacre de consultation. Mais on pourrait légiférer de manière créative et ajouter cette exigence à d'autres susceptibles de générer une collaboration pleine de sens en dépit des obstacles. Par exemple, la loi pourrait intégrer un devoir de consultation fondé sur la règle déjà existante de bonne foi, ainsi qu'une clause de pénalité. L'employeur pourrait alors être obligé d'engager une consultation de bonne foi afin d'éviter toute responsabilité pour des dommages et intérêts supplémentaires. D'autres types d'incitations liées à la responsabilité sont certainement imaginables.

Même si l'économie américaine va beaucoup mieux depuis la Grande récession, les licenciements continuent de représenter un problème important. De nombreux défis auxquels les travailleurs licenciés sont confrontés dépassent le droit du travail. Aucune obligation de payer des indemnités, aussi généreuses soient-elle, ne peut résoudre le problème de devoir trouver un autre travail. Finalement, les législateurs doivent découvrir des moyens de stimuler la création de postes à temps plein correctement payés. Ainsi, la promesse de Trump de défendre une politique « *buy America* » et ses engagements de campagne sur les infrastructures américaines sont plus encourageants que les décisions très remarquées de la négociation Carrier³⁶. Il reste néanmoins des possibilités d'action pour les législateurs d'améliorer la législation en vigueur en prenant en compte les nouvelles pratiques de travail de l'économie mondiale. La transformation de la loi WARN fédérale en une loi sur les indemnités de licenciement obligerait directement les employeurs à garantir une période de maintien intégral du salaire dans le cas inévitable d'une transition entre deux emplois. Une telle réforme pourrait constituer une première étape importante et politiquement viable vers le réaligement du droit du travail américain sur les besoins et exigences des travailleurs et des entreprises contemporaines.

35 A.M. Lafaso, "Talking is Worthwhile: The Role of Employee Voice in Protecting, Enhancing, and Encouraging Individual Rights to Job Security in a Collective System", 14 *Emp. Rts. & Emp. Pol. J.* 55, 2010.

36 Exec. Order No. 13788, 82 Fed. Reg. 18837 [21 avril 2017].



Les manuscrits soumis pour publication dans la Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale doivent être adressés par courrier électronique ou par voie postale avant le **1^{er} février** de chaque année (pour le premier numéro de la Revue) et avant le **1^{er} mai** de chaque année (pour le deuxième numéro). Concernant les contributions à la rubrique Actualités Juridiques Internationales, elles doivent être adressées avant le **15 mars** (pour le premier numéro) et le **15 septembre** (pour le troisième numéro).

Les opinions émises dans les articles n'engagent que leurs auteurs. Lorsqu'une traduction est effectuée en langue française, elle l'est sous la responsabilité du Rédacteur en chef et des membres du Comité éditorial.

Tout manuscrit est soumis, sans indication du nom de l'auteur, à deux lecteurs pour évaluation et avis de publication.

Une publication ultérieure dans une autre revue supposerait l'autorisation expresse de la Direction de la revue.



CONTACT

COMPTRASEC - UMR 5114

Mme Sandrine LAVIOLETTE

Université de Bordeaux

16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Tél : 33(0)5 56 84 54 74 - Fax : 33(0)5 56 84 85 12

sandrine.laviolette@u-bordeaux.fr

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>

RECOMMANDATIONS AUX AUTEURS

Manuscrits

L'article doit être soumis de préférence en Français. L'Anglais et l'Espagnol sont également admis.

Les textes devront comporter :

- 40 000 caractères - notes de bas de pages et espaces compris - pour les rubriques « **Études** » et « **Dossier Thématique** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation est fixée à 30 000 caractères lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol ;
- 7 000 caractères - notes de bas de pages et espaces compris - pour la rubrique « **Actualités Juridiques Internationales** » lorsqu'ils sont soumis en Français. La limitation es fixée à 6 000 caractères lorsqu'ils sont soumis en Anglais ou en Espagnol.

Par ailleurs, les manuscrits destinés aux rubriques « **Études** » ou « **Dossier Thématique** » devront être accompagnés des éléments suivants :

- le titre de l'article ;
- un résumé, en français et en anglais, de 400 caractères chacun ;
- 5 mots clés (en français et en anglais) permettant d'identifier le contenu de l'article ;
- une brève notice bio-bibliographique concernant le ou les auteurs ;
- deux publications au choix ;
- l'adresse postale et électronique de(s) l'auteur(s).



Notes et références bibliographiques

Les annotations et références bibliographiques des ouvrages et articles cités doivent être intégrées au sein de l'article et placés en notes de bas de page.

Leur présentation sera la suivante :

- Pour un ouvrage : initiale du Prénom Nom, *Titre de l'ouvrage*, lieu, éditeur, « collection », date, p.
- Pour un article de revue : initiale du Prénom Nom, « Titre de l'article », *Titre de la revue*, n°, date, p.
- Pour une contribution dans un ouvrage collectif : initiale du Prénom Nom, « Titre de l'article », in initiale du Prénom Nom (dir.), *Titre de l'ouvrage*, lieu, éditeur, date, p.

2017 72-2 PRINTEMPS SPRING

REVUE TRIMESTRIELLE
RELATIONS INDUSTRIELLES

RIIR

Revue trimestrielle bilingue publiée
depuis 1945 par le Département des
relations industrielles de l'Université Laval

INDUSTRIAL RELATIONS
QUARTERLY REVIEW

A bilingual quarterly published since
1945 by the Industrial Relations
Department, Université Laval

ARTICLES

Safety and Multi-employer Worksites
in High-risk Industries: An Overview

MAGNUS NYGREN, MATS JAKOBSSON, EIRA ANDERSSON
AND BO JOHANSSON

Gouvernance des régimes complémentaires
de retraite, relations du travail et conflits
de rôle : une enquête québécoise

DANIEL COULOMBE, ESTHER DÉOM, FRÉDÉRIC HANIN
ET ANNETTE HAYDEN

The Predictors of Unmet Demand
for Unions in Non-Union Workplaces:
Lessons from Australia

AMANDA PYMAN, JULIAN TEICHER, BRIAN COOPER
AND PETER HOLLAND

« Leur façon de punir, c'est avec l'horaire ! » :
Pratiques informelles de conciliation
travail-famille au sein de commerces
d'alimentation au Québec

MÉLANIE LEFRANÇOIS, JOHANNE SAINT-CHARLES, SYLVIE FORTIN
ET CATHERINE DES RIVIÈRES-PIGEON

Individuals' Assessment of Corporate
Social Performance, Person-Organization
Values and Goals Fit, Job Satisfaction
and Turnover Intentions

SARAH HUDSON, DOUGLAS BRYSON AND MARCO MICHELOTTI

Assurer son employabilité militante
par la mobilisation du capital social : le cas
des ex-permanents syndicaux lors d'une
reconversion en dehors de la sphère du syndicat

PAULINE DE BECDELIEVRE ET FRANÇOIS GRIMA

"You've Just Cursed Us":
Precarity, Austerity and Worker Participation
in the Non-profit Social Services

IAN CUNNINGHAM, DONNA BAINES AND JOHN SHIELDS

RI/IR EN LIGNE

RI/IR est disponible en ligne
sur le site Érudit :

www.eric.org/revue/ri

Pour abonnement institutionnel
contacter Érudit.

Pour consulter les règles de pub
ou vous abonner,
visitez notre site Internet :

www.riir.ulaval.ca

RI/IR ONLINE

RI/IR is available on line on
Érudit website at:

www.eric.org/revue/ri

For an institutional subscription
to digitalized issues,
please contact Érudit.

Visit our website for Notes to
contributors or to subscribe:

www.riir.ulaval.ca

**RELATIONS INDUSTRIELLES
INDUSTRIAL RELATIONS**

Pavillon J.-A.-DeSève
1025, avenue des Sciences-Humaine
Bureau 3129, Université Laval
Québec (Québec) Canada G1V 0A6

TÉLÉPHONE : (418) 656-2468

COURRIEL / E-MAIL :
relat.ind@rlt.ulaval.ca

www.riir.ulaval.ca

BON DE COMMANDE / ORDER FORM / HOJA DE PEDIDO

TARIFS 2017

REVUE DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE
(PAPIER) ISSN 2117-4350
(E-JOURNAL) ISSN 2262-9815

COMPTRASEC - UMR 5114
Mme Sandrine Laviolette
UNIVERSITÉ DE BORDEAUX
Avenue Léon Duguit - 33608 PESSAC cedex
Tel. 33(0)5 56 84 54 74
Fax 33(0)5 56 84 85 12
Email : revue.comptrasec@u-bordeaux.fr

3 NUMÉROS PAPIERS (FRANCAIS)
1 NUMÉRO ELECTRONIQUE (ANGLAIS) } PAR AN

Nom/Name/Nombre:

Adresse/Address/Dirección:

Code postal/Zip Code/Código postal:

Ville/City/Ciudad:

Pays/Country/País:



		PRIX / PRICE / PRECIO
Abonnement Annuel Annual Subscription Suscripción anual	Revue Papier / Print Journal / Revista Impresa (3 n° en français / 3 issues in French / 3 números en francés)	105 €
	Revue électronique / E-Journal / Revista Electrónica (1 n° en anglais / 1 issue in English / 1 número en inglés)	70 €
	Pack Revues papier et électronique / Printed copies & E-journal / revistas impresa y electrónica (3 n° en français & 1 n° en anglais / 3 issues in French & 1 in English / 3 números en francés & 1 en inglés)	145 €
Prix à l'unité Unit Price Precio unitario	Revue Papier / Print Journal / Revista Impresa	40 €
	Revue électronique / E-Journal / Revista Electrónica	70 €
	Article / Journal article / Artículo	6 €
Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envío incluidos		
TVA VAT IVA	Livraison / Delivery / Entrega : 2,10% France / 1,05% DOM & Corse / 0% CEE & hors CEE	TOTAL

MODE DE RÈGLEMENT / MODE OF PAYMENT / FORMA DE PAGO

PAIEMENT EN LIGNE / ONLINE PAYMENT / PAGO EN LINEA
(Carte de crédit - Credit card - Tarjeta de crédito)

CHÈQUE / CHECK
À libeller à l'ordre de / Make out to / A la orden de
Monsieur l'Agent comptable de l'Université de Bordeaux

NB : Le paiement en ligne est à privilégier.

Online payment si preferred / El pago en linea se prefiere

Préciser ici les numéros de la Revue qui vous intéressent ou l'année à partir de laquelle vous souhaitez souscrire un abonnement / Please mention here the issues you are interested in / Por favor, especifique aqui los numeros de la revista que desea :

Pour souscrire un abonnement permanent (renouvellement annuel automatique), cocher la case ci-dessous

ABONNEMENT PERMANENT
PERMANENT SUBSCRIPTION
SUSCRIPCIÓN PERMANENTE

DATE :

SIGNATURE :



Achévé d'imprimer par
Imprimerie de l'Université de Bordeaux
16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - F 33608 PESSAC cedex

Dépôt légal : Septembre 2017

