

Réflexions sur l'avenir du droit du travail français à l'aune du droit américain ⁽¹⁾

Par Loïc Malfettes, Docteur en droit,
visiting Researcher, Cornell University

PLAN

I. L'état du droit américain du travail

- A. L'équilibre des sources du droit
- B. Les mécanismes particuliers de mise en œuvre

II. Quel(s) modèle(s) et défi(s) pour le futur droit du travail ?

- A. Quel(s) modèle(s) ?
- B. Quel(s) défi(s) ?

Partant des transformations touchant le droit du travail en France, cette recherche tente d'appréhender les transformations qui peuvent aussi aujourd'hui affecter le droit du travail américain. Il sera question d'observer dans quelle mesure les processus de production du droit dans nos deux pays peuvent trouver des points de convergence, en particulier en considérant les récentes évolutions quant à la force accordée à la négociation collective en France. L'évolution vers une régulation du système par ses acteurs eux-mêmes y est significative et pourrait suggérer un rapprochement des modèles français et américain.

La France est aujourd'hui marquée par de profondes et probablement pérennes dynamiques touchant aussi bien le droit du travail que la physiologie du marché du travail et du travail lui-même.

L'une des principales d'entre elles s'incarne dans une évolution constante vers un modèle de corégulation par les acteurs du marché du travail en association avec l'État. Ce dernier adopte une posture de retrait quant à l'édictation de normes de fond, préférant poser le cadre procédural dans lequel les acteurs décideront eux-mêmes des normes qui leur seront applicables. Ceci se traduit au premier chef par une forte accentuation des potentialités normatives de la négociation collective.

Les emplois temporaires, « à la tâche » et flexibles, provenant de l'ubérisation de l'économie (ou ce que le monde anglo-saxon qualifie de « *gig economy* ») et les progrès technologiques engendrent et vont encore engendrer une profonde modification du marché de l'emploi. L'automatisation des tâches élémentaires, la suppression des intermédiaires par la création de « plateformes » numériques ont vocation à bouleverser la physiologie du rapport de salariat tel que nous le connaissons et à générer de profondes restructurations par un processus de destruction et de reconstruction d'emplois. Ces mutations ont fait l'objet d'une prise de conscience du gouvernement français, qui mise aujourd'hui plus que jamais sur un modèle particulier de « flexisécurité », en encourageant la formation et la mobilité professionnelle.

Ces mêmes transformations sociétales se retrouvent bien sûr aux États-Unis. Le droit du travail américain y est décrit comme étant l'un

des plus dynamiques et des plus politiques. Mais quelles en sont les lignes directrices contemporaines ? Dans quelles mesures celles-ci peuvent-elles recouper ou au contraire contredire la voie que semble aujourd'hui tracer le modèle français ?

De cette étude des dynamiques du droit du travail américain en miroir de celles du droit français (I) pourra alors émerger une meilleure compréhension des modèles de pensée sous-jacents qui inspirent le droit contemporain (II). Comprendre dans quelle mesure les problèmes et les différentes solutions qui se posent et se pratiquent à une échelle internationale pourraient permettre de mieux identifier les fondements de l'état contemporain du droit. Cela pourrait aussi contribuer à la révélation d'une plus large vision du « travail » que ces modèles portent aujourd'hui et pourraient porter demain.

(1) Cette recherche a été menée dans le cadre du projet ANR « L'avenir du droit du travail », ANR-16-CE26-0002-01.

I. L'état du droit américain du travail

Le droit américain du travail contemporain apparaît de prime abord difficilement saisissable pour le juriste européen, et en particulier français. Cette difficulté s'explique d'abord par la ventilation spécifique de ses « sources » (A), mais aussi par ses mécanismes particuliers de mise en œuvre (B), qui constituent ses traits caractéristiques essentiels.

A. L'équilibre des sources du droit

Une attention plus particulière a été portée à la protection des droits individuels des salariés dans le pays. Comme en France, les sources du droit du travail sont multiples. L'on y retrouve le contrat de travail individuel, une vaste kyrielle de lois fédérales venant régir des sujets comme l'organisation de la négociation collective, la protection contre la discrimination, les salaires et la durée du travail, les retraites, ou encore la santé et la sécurité au travail. En sus de ces lois trouve-t-on bien sûr un tissu d'accords collectifs. En complément de ces sources spécifiques, le droit commun vient encore régir les relations entre employeurs et salariés (*tort law, contract doctrines*).

Une dynamique législative atone. Le ^{xx}e siècle a été marqué aux États-Unis, à l'instar de la France, par un accroissement notable des réglementations étatiques en matière de relations de travail. Le mouvement s'est toutefois considérablement asséché à compter des années 1950, là où la France a connu, et continue de connaître une véritable ébullition législative.

La principale raison de cette atonie s'explique par un contexte politique particulier, où les conservateurs, devenus suffisamment puissants, se sont opposés à toute proposition de réglementation du marché du travail jugée trop intrusive, animés par le souhait de limiter autant que possible les contraintes pesant sur les employeurs (2). Cette atonie concerne au premier chef le droit fédéral, qui constitue un minimum. L'organisation fédérale du pays permet toutefois aux États de prévoir leur propre réglementation du travail, et d'aller au-delà des planchers fixés

à l'échelon central. Mais la réglementation par les États reste elle aussi très mesurée comparativement à la situation française (3). L'ensemble de ces dispositions étatiques ont par ailleurs un champ d'application parfois restreint, et n'ont pas toujours vocation à s'appliquer à l'ensemble des travailleurs.

Un droit supra-légal fébrile. Dans le même esprit, et pour des raisons semblables, les États-Unis n'ont jamais souhaité se lier à l'essentiel de ce qui constitue aujourd'hui le droit international du travail. Parmi les 8 conventions fondamentales de l'organisation, seules deux ont été ratifiées : la convention n° 105 sur le travail forcé et la n° 82 sur les pires formes de travail des enfants. Celui-ci ne sera donc – dans la plupart des hypothèses – d'aucun secours devant les juridictions, de même que le droit constitutionnel qui ne reconnaît pas à son échelon et en l'état actuel de la jurisprudence un droit particulier à la négociation collective, ni de droit de grève aux salariés (4).

Une force prépondérante de la négociation collective. En résonance avec la situation française, la négociation collective et sa traduction normative ont en revanche acquis une place prépondérante au sein du droit du travail américain, à la faveur d'une ancienne impulsion législative, incarnée dans la promulgation du *National Labor Relations Act* (NLRA).

Pour autant, le tissu conventionnel est loin de couvrir tous les salariés américains. La présence d'un syndicat dans l'entreprise conditionne en effet l'existence d'une unité de négociation, et donc d'un accord collectif. Or le taux de syndicalisation aux États-Unis est particulièrement faible (5).

Le règne du pouvoir normatif de l'employeur. En raison du champ exigü du droit législatif et de la non-systématicité d'accords collectifs, la place laissée à l'autorégulation par les entreprises est conséquente. La liberté contractuelle se solde bien souvent par une liberté de l'employeur dans la détermination des conditions de travail. Le contrat individuel de travail y constitue une faible source de protection pour le

(2) V. sur cette atonie, l'étude datant du début des années 2000, mais toujours d'actualité, C. L. Estlund, « *The Ossification of American Labor Law* », *Columbia Law Review*, vol. 102, 2002, p. 1527 et s.

(3) Certains États se sont dotés de dispositions poussant plus loin la protection des salariés, voire d'un « Code » du travail, et intègrent de nouvelles réglementations en adéquation avec les problématiques émergentes. L'on citera par exemple le *California Labor Code*, qui a été modifié à plusieurs reprises depuis sa création. Y est entrée en vigueur une disposition au § 980 qui interdit aux employeurs de demander à leurs salariés l'accès à

leurs réseaux sociaux, la pratique s'étant développée ces dernières années dans le pays.

(4) À l'inverse de la position actuelle de la Cour suprême canadienne qui a pourtant longtemps tenu une ligne semblable à son homologue américaine, v. en particulier *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan* (2015, CSC 4, décision par laquelle la haute juridiction constitutionnalise le droit de grève en le liant à la liberté d'association).

(5) Le *Bureau of Labor Statistics* (BLS) indique que le taux d'affiliation syndicale était de 10,5% en 2018.

salarié, l'essentiel de son régime juridique étant issu de la jurisprudence, construite sur l'interprétation du droit commun des contrats, qui ne comporte pratiquement aucune règle particulière à la relation de travail (6). En l'absence de syndicalisation et de législation spécifique fédérale ou locale, la seule marge dont dispose bien souvent le salarié est d'accepter ou de refuser l'emploi (7). De la sorte, les instruments normatifs unilatéraux et les engagements se situant sur le terrain de la responsabilité sociale des entreprises trouvent davantage de place dans le panorama des sources (8), ceci à plus forte raison lorsque les contrats de travail écrits sont loin d'être systématiques, surtout concernant les salariés dépourvus de mission d'encadrement à responsabilités.

En premier bilan, si des dynamiques sociétales semblables peuvent être identifiées, les équilibres respectifs des sources des droits du travail français et américain sont sensiblement différents. L'employeur français dispose encore aujourd'hui d'une bien moins grande liberté normative que son homologue américain pour régir les relations de travail. Ceci s'explique au premier chef par une législation française beaucoup plus fournie, quoique soumise à une tendance au recul de l'impérativité des normes de fond. La seconde explication majeure tient à la faible couverture par accord collectif des entreprises américaines. En l'absence de ce puissant outil de régulation, toute la liberté en revient aux directions des ressources humaines pour fixer le cadre de la relation de travail subordonné.

Et cet équilibre singulier se combine avec de non moins particuliers mécanismes de mise en œuvre du droit.

B. Les mécanismes particuliers de mise en œuvre

Les modalités de mise en œuvre et de règlement des litiges du droit du travail américain sont eux aussi marqués par une certaine singularité aux yeux du juriste français, qui y trouvera cependant matière

à réflexion à l'aune des dynamiques actuellement à l'œuvre en droit français. Au-delà de l'appareil judiciaire traditionnel, deux institutions incontournables méritent l'attention : la place de l'administration d'une part, et de l'arbitrage d'autre part.

La centralité de l'administration

Il est possible de noter, en droit français, une tendance au renforcement de la place et des pouvoirs de l'administration du travail. Cette force se retrouve également, sous un jour quelque peu différent toutefois, en droit américain. La principale source légale du « *Labour law* » s'incarne dans le *National Labor Relations Act* (NLRA) qui reconnaît aux salariés du secteur privé le droit de créer ou de rejoindre un syndicat, dans l'optique de mener des négociations collectives par l'intermédiaire de représentants choisis, ou d'engager d'autres actions concertées ayant pour finalité la négociation collective, l'aide et la protection mutuelle des salariés. Sont aussi déterminés par le texte les types d'organisations que les travailleurs peuvent former, les procédures pour le faire, les sujets sur lesquels les employeurs sont tenus de négocier, et la création d'une autorité de régulation indépendante (le *National Labor Relations Board*, NLRB) pour mettre en application le régime. Cette dernière autorité dispose d'un rôle central dans la mise en œuvre du système de négociation collective dans le pays et intervient sur plusieurs terrains. Il investit en particulier celui des élections syndicales, préalable indispensable à l'édition d'un tissu conventionnel, notamment en accompagnant le bon déroulement du processus, et en validant les résultats. En sus d'une action normative réglementaire, il est également chargé d'instruire et de trancher les contentieux fondés sur une violation du NLRA (qualifiée de « *unfair labor practice* »), lui conférant une position quasi juridictionnelle. Mais qu'ils se déploient dans le champ du NLRA ou non, l'essentiel des litiges nés des relations de travail se résolvent par la conciliation, ou le cas échéant l'arbitrage.

(6) V. M. W. Finkin, « *The Individual Employment Contract in United States* », in L. Betten (dir.), *The Employment Contract in Transforming Labor Relations*, Kluwer Law international, 1995, spéc. p. 171.

(7) Le fait pour celui-ci de revendiquer un avantage supplémentaire l'exposant à une rupture du contrat, puisqu'en l'absence de dispositif de protection spécial, la règle de l'« *employment-at-will* » s'applique. De très rares exceptions existent à cette règle, notamment dans l'État du Montana, où le *Montana Wrongfull Discharge in Employment Act* (MWDEA) adopté en 1987 vient remplacer la règle de l'« *employment-at-will* » par une protection en cas de licenciement injustifié. Sera ainsi considéré comme une violation, le fait pour l'employeur de ne pas avoir respecté ses propres engagements et

mesures de règlement intérieur, le fait de licencier le salarié en représailles de son refus de violer une règle d'ordre public, ou pour avoir rapporté une telle violation, ou encore en cas de licenciement qui ne serait pas pour « *good cause* », sous réserve que l'intéressé ne soit plus en période d'essai. V. *Montana Code Ann*, 39-2-901, 1987.

(8) V. les engagements pris par de grandes entreprises technologiques, à la suite d'affaires de harcèlement sexuel, de spontanément ne plus recourir à la pratique de l'arbitrage « forcé », vécus comme une avancée par une partie de la doctrine, v. J. McGregor, « *Google and Facebook Ended Forced Arbitration for Sexual Harassment Claims : Why More Companies Could Follow* », *Washington Post*, 13 nov. 2018.

La puissance de l'arbitrage

L'arbitrage dans les relations de travail est en effet une pratique très répandue aux États-Unis. Y sont distingués, en droit social, deux types d'arbitrage. Le *labor arbitration* vient trancher les litiges résultant de l'application d'un accord collectif dans une unité de travail syndicalisée, les parties étant alors l'employeur et le syndicat agissant au nom et pour le compte d'un ou plusieurs salariés de l'espace de négociation considéré. L'*employment arbitration* est quant à lui régi par une législation différente (9) et vise les lieux de travail non syndicalisés, où les parties seront alors l'employeur et un ou plusieurs salariés.

Aucune disposition législative ni jurisprudence de la Cour suprême n'empêche de stipuler, dans un contrat individuel ou un accord collectif, une clause selon laquelle tout litige s'y rattachant sera soustrait de la compétence des juridictions étatiques au profit d'un arbitre désigné par les parties. Il n'est au demeurant pas exclu que cet arbitre ne soit lui-même pas juriste (10). La jurisprudence de la Cour suprême est elle-même très favorable au régime de l'arbitrage (11). Une décision récente de la haute juridiction fédérale a d'ailleurs confirmé cette tendance pro-arbitrage individuel en excluant la possibilité d'une action de groupe sur le terrain de l'arbitrage, sauf si un accord le prévoit expressément (12).

Par ailleurs, est généralement admise la pratique dite de « l'arbitrage forcé », consistant à faire signer au salarié – généralement au moment de l'embauche – un document par lequel il accepte de soustraire tout litige qui naîtrait de la relation de travail aux juridictions ainsi qu'à la procédure d'appel au profit d'un arbitre, même lorsqu'il est question de harcèlement. Les affaires Facebook et Google avaient à ce propos éveillé l'opinion publique sur cette pratique, au point que les deux sociétés américaines finirent pas renoncer à cette pratique, transformant l'obligation contractuelle en simple option. Cette

pratique est particulièrement répandue dans le pays, puisqu'elle concernerait au moins 52 des 100 sociétés du classement Fortune 100 (13).

Ce n'est donc plus ici le législateur mais une pratique d'automodération qui vient construire le droit des relations de travail individuelles.

L'arbitrage peut être bénéfique aux salariés syndiqués, qui profiteront de la force de négociation du collectif. En revanche, la pratique accouche de compromis souvent déséquilibrés et forcés lorsqu'elle est réalisée par des travailleurs non syndiqués. Le *labor arbitration* peut encore se révéler profitable sur le terrain de l'accès à une forme de justice. Les salariés non syndiqués sont confrontés à un réel problème d'accès à la justice, surtout s'ils ont de faibles revenus, car il leur sera souvent difficile d'assumer les coûts inhérents au procès. Les avocats se montrent en outre particulièrement sélectifs et refusent régulièrement de représenter des salariés non syndiqués devant les juridictions judiciaires (14). Dans ce contexte, le recours à une syndicalisation et à la saisine d'un arbitre équitablement choisi par l'employeur et le syndicat représentant le ou les salariés impliqués constitue une solution salvatrice. Les employeurs y trouvent aussi leur intérêt dans la discrétion que la procédure arbitrale leur procure, de sorte qu'une véritable privatisation de la justice du travail s'identifie sans ambiguïté.

Au bilan, les États-Unis offrent à voir encore aujourd'hui un système de régulation des relations de travail misant de façon très poussée sur l'auto et la corégulation par les acteurs eux-mêmes. Un système où le juge judiciaire tient une place relativement marginale, à côté de l'administration et surtout de l'arbitrage. S'il n'est indubitablement pas possible d'affirmer l'alignement parfait avec le système français contemporain, il est aussi indéniable que des dynamiques semblables s'y sont développées ces dernières années. Le retrait du juge judiciaire,

(9) Le *Federal Arbitration Act* (1925), la première forme d'arbitrage étant régi par le NLRA.

(10) V. sur la question, P. Oritz, « *Forced Arbitration a Growing Problem* », *Cornell Chronicle*, 5 avril 2019, évoquant l'existence de relations longues et pérennes entre certains arbitres et entreprises, dont ils tirent leurs revenus, ce qui vient à remettre en question leur neutralité.

(11) Ce qui peut avoir des effets particulièrement pervers pour les salariés, y compris lorsqu'ils sont syndiqués. En atteste la jurisprudence issue du cas *Plenn plaza LLC vs Pyett* (14 *Penn Plaza LLC vs Pyett*, 556 US 247, 2009), dans lequel un syndicat avait refusé de porter une affaire de discrimination concernant des salariés devant la juridiction arbitrale qui avait été définie comme seule

compétente par un accord collectif. La Cour suprême a estimé que dans cette hypothèse, et quand bien même le syndicat aurait refusé d'engager l'arbitrage pour leur compte, la voie juridictionnelle classique leur était rigoureusement fermée du fait de la clause de l'accord collectif donnant compétence exclusive à l'arbitrage.

(12) G. Stohr, « *Supreme Court Backs Businesses, Curbs Class arbitration* », *Bloomberg Law*, 24 avr. 2019.

(13) V. à ce sujet, l'article de J. McGregor, « *Google and Facebook Ended Forced Arbitration for Sexual Harassment Claims : Why More Companies Could Follow* », *Washington Post*, 13 nov. 2018.

(14) V. à ce propos S. Corby, P. Burgess, *Adjudicating Employment Rights : A Cross-National Approach*, Palgrave Macmillan UK, p. 200 et s.

l'accentuation du rôle de l'administration, le développement conséquent d'un cadre favorisant une corégulation avec les acteurs du monde du travail sont des phénomènes perceptibles qui, s'ils ne nous

autorisent pas l'audace de parler d'une « américanisation » du droit du travail français, inclinent toutefois à lire ses futurs modèles et défis à travers le prisme américain.

II. Quel(s) modèle(s) et défi(s) pour le futur droit du travail ?

Sur la base des précédents constats, est-ce qu'un modèle, le cas échéant commun aux droits du travail français et américain, a vocation à être mis en avant en considérant ces résultats ? Quelles orientations axiologiques et juridiques peut-on identifier, quelles en sont les limites et le cas échéant les risques ?

A. Quel(s) modèle(s) ?

Un droit en « échec » ? Nous avons vu qu'à certains égards et suivant une identité qui lui reste propre, le droit français pouvait avoir tendance à se rapprocher de son homologue américain. Mais doit-on s'en réjouir ou au contraire s'en inquiéter ? D'aucuns expliquent que le droit du travail américain est aujourd'hui « en échec (15) ». Le constat est celui d'un effondrement de la puissance et de l'influence des syndicats de salariés (16). Le niveau de syndicalisation a chuté et est aujourd'hui encore très faible (17). Rapporté en termes de sources du droit, il en résulte que le taux de couverture par un accord collectif de l'ensemble des travailleurs américains ne dépasse pas 15 % (18). Les inégalités économiques seraient alors à leur plus haut point (19). Mais en tirer la conclusion que le droit du travail serait en échec implique de prendre position sur les soubassements axiologiques du droit, et de lire son efficacité à l'aune d'un objectif déterminé, qui n'aurait pas été atteint. Sous cet angle, l'objectif considéré que l'on assortirait au droit social serait de corriger – autant que possible – les inégalités économiques issues de la relation de travail salarié par la voie d'une négociation apaisée et, le cas échéant, syndicalisée.

Les fondements politiques et juridiques de la « faiblesse » du système. Parmi les raisons identifiables de cet « échec » du modèle américain pourrait

figurer la faiblesse des mécanismes de mise en application du NLRA. Les pénalités sont en effet souvent faibles et se combinent avec la lenteur des procédures. Cette faiblesse est exploitée par les employeurs pour résister à la syndicalisation des salariés. Cet acte met en place un système volontariste et décentralisé de négociation collective, de sorte que celle-ci s'incarne essentiellement dans une négociation privée entre employeurs individuels et salariés de sites locaux où une majorité d'entre eux ont choisi de se syndiquer. Or cette décentralisation à l'extrême ne favorise pas toujours les rapports de force les plus équilibrés.

L'environnement politique américain est par ailleurs particulièrement hostile aux réformes et plusieurs tentatives ont avorté. La tendance semble d'ailleurs être à s'assurer de la parfaite expression de la liberté d'entreprendre, en conservant en l'état la faiblesse du mouvement syndical (20). Comme nous l'avons identifié, le droit législatif du travail n'a pratiquement pas évolué depuis les années 1950. Les cours suprêmes se sont également montrés particulièrement hostiles à l'expansion des droits collectifs des salariés. L'aspiration politique qui innerve l'ensemble du droit du travail américain est résolument empreinte d'un libéralisme fort, où la liberté d'entreprendre et la faible intervention de l'État se conjuguent à la conviction des bienfaits d'un système autorégulé. Cette même ligne politique se retrouve au niveau de l'agence administrative indépendante en charge de l'application du NLRA. Le bureau à l'échelon national est en effet composé de cinq membres désignés par le président des États-Unis et validé par le Sénat. Or ceux-ci sont notamment de sensibilité conservatrice, et développent eux aussi une doctrine peu encline aux évolutions des droits des salariés.

(15) K. Andrias, « *The New Labor Law* », *Yale Law Journal*, 1 oct. 2016.

(16) J. Rosenfeld, *What Unions No Longer Do*, Harvard University Press, 2014, spéc. p. 10 et s.

(17) V. J. Rosenfeld, *What Unions No Longer Do*, op. cit. Le nombre de syndiqués a considérablement diminué depuis son apogée dans les années 1950. Le *Bureau of Labor Statistics* (BLS) indique que le taux d'affiliation syndicale était de 10,7 % en 2017, contre un taux de 20,1 % en 1983, première année à partir de laquelle les données BLS sont disponibles (BLS : *Union Members*,

2017). Les 10,7 % incluent les travailleurs du secteur public et le taux de syndicalisation pour les travailleurs du secteur privé n'était que de 6,5 %. Il est encore descendu de 0,2 % en 2018 (BLS : *Union Members*, 2018).

(18) A. Bronstein, *International and Comparative Labour Law : Current Challenges*, ILO, 2009, p. 4

(19) K. Andrias, « *The New Labor Law* », *Yale Law Journal*, op. cit., p. 5

(20) V. not. R. L. Hogler, *The End of American Labor Unions : The Right-to-Work Movement and the Erosion of Collective Bargaining*, Praeger, 2015, spéc. p. 147 et s.

Par ailleurs, la pratique du remplacement des salariés grévistes via des remplaçants permanents a neutralisé le principal outil de pression des syndicats face aux employeurs. Les juridictions ont très largement accordé une voie prépondérante aux stratégies managériales et au droit de propriété face aux droits des salariés (21) (droit syndical, de négocier collectivement et de grève essentiellement). Les employeurs sont par ailleurs en mesure de considérablement entraver le processus de syndicalisation (représailles, chantage à la fermeture (22), entrave à la campagne de syndicalisation, recours dilatoires...).

La négociation collective aux États-Unis épouse en outre un modèle très décentralisé, où très peu de place est laissée au déploiement de différentes strates de négociation ou à la négociation avec plusieurs employeurs ou organisations patronales (23), et aucune tendance au développement d'une plus forte centralisation n'est constatée (24). Or les conditions de travail et avantages des salariés peuvent difficilement être améliorés si les syndicats ne parviennent pas à engager tous les salariés qui concourent à la production d'un même produit sur leur marché. Sous cet angle, la globalisation et la libre concurrence qu'elle induit apparaît comme un challenge de taille pour qui ambitionne de développer les droits des travailleurs.

Vers un modèle français de compromis. Peut-on qualifier le droit du travail français de pareil « échec » ? Si la fonction que l'on prend en considération est celle d'assurer une protection des travailleurs, et le standard de référence la situation américaine, la réponse nous apparaît encore aujourd'hui indubita-

blement négative. De même peut-on considérer que la préservation contre les situations de fort déséquilibre de rapport de force demeure mieux assurée par le droit en France qu'aux États-Unis ? D'abord, notre système juridique assure une couverture conventionnelle décorrélée de la syndicalisation des salariés (25), qui permet de couvrir une très large majorité d'entre eux (26). Ensuite, le fait d'une encore dense législation ou réglementation étatique permet d'assurer des standards de protection minimum dans de nombreux domaines en l'absence d'accord collectif. Enfin, les acteurs étatiques de la mise en œuvre du droit ne jouent pas un rôle politique aussi fort dans le sens du conservatisme. La piste de l'arbitrage, fortement mobilisée aux États-Unis et reconnue pour ses vertus, apparaît par ailleurs difficilement transposable dans le modèle français, où le juge étatique continue de jouer un rôle important. La culture juridique française est en effet beaucoup plus rétive au développement de la pratique de l'arbitrage (27). Développée dans un contexte américain de promotion de l'autorégulation et d'hostilité judiciaire au développement des droits des salariés par la voie de la réglementation, cette pratique ne trouve pas et risque de ne pas trouver en France un terreau suffisamment fertile à son développement en l'état actuel. Le modèle français évolue donc dans une position de compromis, entre le schéma archétypique hypercentralisé assurant une protection élevée de l'ensemble des travailleurs et le modèle américain encore très libéral, avec – aujourd'hui davantage qu'hier – des similitudes avec ce dernier. Il semble au bilan que l'une des fonctions du droit du travail les plus valorisées dans les deux systèmes juridiques consiste à assurer la

(21) Il leur est reproché une inertie dans le développement de la protection des salariés contre le licenciement « *at will* », et une étonnante ardeur lorsqu'il s'agit de résister face aux réformes légales protectrices. Pour une étude en français de cette posture jurisprudentielle paradoxale, v. A. Fiorentino, « La légitimité de la jurisprudence sociale en droit comparé : L'exemple américain », *Dr. Soc.*, 2018, p. 135

(22) V. pour une étude sur ce phénomène, K. L. Bronfenbrenner, « *No Holds Barred : The Intensification of Employers Opposition to Organizing* », *Briefing Paper*, n° 235, 2009, 1, 10, tbl. 3.

(23) Quelques exceptions existent, en particulier dans l'industrie de la construction, certaines branches du secteur public, dans le sport professionnel ainsi que dans l'industrie automobile, où certains accords multi-employeurs existent.

(24) V. Marleau, « *Globalization, Decentralization and the Role of Subsidiarity in the Labour Setting* » in J. Craig et S. Lynk (dir.), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge University Press, 2006, spéc. p. 118 et s.

(25) Les organisations syndicales et patronales négociant pour l'ensemble des salariés de l'entreprise ou de la

branche et non pour leurs seuls adhérents. Phénomène d'extension du champ de couverture encore renforcé grâce à la procédure d'extension des accords collectifs.

(26) Malgré l'un des plus faibles taux de syndicalisation des pays de l'OCDE (8% en 2010), la France affiche un taux de couverture conventionnelle parmi les plus élevés (93% en 2008), v. ministère des Finances et des Comptes publics, « La syndicalisation en France : Paradoxes, enjeux et perspectives », *Lettre Trésor-Éco*, n° 129, mai 2014.

(27) Rappelons que selon le Code civil, la clause compromissoire n'était valable que « *dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* » et qu'elle ne peut être opposée, depuis la loi du 18 novembre 2016, qu'à la partie qui a « *contracté dans le cadre de son activité professionnelle* » (C. civ., art. 2061), et que la question de l'opposabilité de l'arbitrage à un salarié demeure contestable, en dépit de la mise en place par initiative privée d'un Centre national d'arbitrage du travail (CNAT) ; v., M. Rey, « Un centre d'arbitrage privé pour éviter les prud'hommes », *L'Express entreprise*, 19 mai 2015.

mobilité du travail et des travailleurs (28), la variable de différenciation étant la protection que l'on entend garantir aux actifs dans cette dynamique de flexibilité.

Et ces deux systèmes, s'ils ne peuvent à notre sens être réunis sous la bannière d'un modèle identique, partagent néanmoins des défis communs.

B. Quel(s) défi(s) ?

L'observation du droit du travail américain révèle un certain nombre de faiblesses, qui peuvent apparaître à l'avenir comme autant de défis à relever, lesquels mériteront d'être déclinés à la lumière du droit français. Deux aspects méritent à ce titre d'être évoqués. La question du champ du droit du travail d'abord, et celle de son effectivité ensuite.

Le champ du droit du travail comme défi

La possible extension de son objet. L'observation du droit du travail contemporain américain conduit sur ce premier terrain à deux constats. Le droit du travail ne traite pas toujours tous les sujets de préoccupation des salariés. Hormis quelques lois d'application générale, en particulier concernant la prohibition des discriminations, le droit du travail américain est à géométrie (très) variable, et il n'est pas rare que d'importants groupes de salariés – géographiques ou sectoriels – se retrouvent sans aucune garantie que la bonne volonté de leur employeur sur des sujets comme les congés payés ou la durée du travail lorsqu'il n'existe pas d'accord collectif ou de législation d'un État fédéré applicable. Y compris pour les salariés du secteur privé bénéficiant de l'application du NLRA, les sujets de négociation obligatoire apparaissent restreints (29). L'extension du champ matériel de

couverture du droit du travail constitue donc, sous cet angle, un important défi pour le droit américain, si l'on veut bien admettre qu'un renforcement des garanties profitant aux salariés y est souhaitable. Cette même difficulté ne se rencontrera pas en France, où le droit du travail législatif et conventionnel jouit d'un large champ d'application matériel.

Le travailleur moderne. Le second constat peut en revanche être identifié aussi bien en France qu'aux États-Unis : le droit du travail ne s'applique pas à tous les « travailleurs ».

La définition du « travailleur » susceptible de profiter des protections du droit du travail est en effet une difficulté partagée. Les travailleurs indépendants américains ne profitent en principe pas de la régulation spécifique, ni d'extension des garanties pouvant être offertes aux salariés. Les structures entrepreneuriales dans lesquelles évoluent aujourd'hui les travailleurs ont évolué, il y aurait une « crise » du droit du travail (30), une « fissuration » (*fissurization*) du travail. Celle-ci s'incarne dans la tendance grandissante à engager des travailleurs sous l'empire d'un régime d'indépendant, les rendant inéligibles au droit du travail, à utiliser la franchise, la sous-franchise, qui a induit une course vers le bas des protections salariales, ainsi que des pratiques patronales consistant à ne pas rémunérer l'ensemble des heures travaillées, ou encore développer des pratiques d'éviction des syndicats (31). Cette démultiplication (32) des formes de travail dites « non standards » (travailleurs autoentrepreneurs dépendants, contrats temporaires, à temps partiel, recours à la sous-traitance...) résulte d'un changement de stratégie des entreprises lié à la transformation de l'environnement économique,

(28) V. pour une telle analyse, indiquant qu'il s'agit là d'une fonction « critique » du droit du travail à travers le monde, A. Hyde et E. Menegatti, « *Legal Protection for Employee Mobility* » in *Comparative Labor Law*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2015, p. 195 et s.

(29) Sont sujets à négociation obligatoire, les aspects ayant trait aux salaires, indemnités et aux conditions de travail. La négociation sur les autres sujets reste possible, en particulier sur la situation des cadres ou des retraités (qui sont en principe exclus du NLRA). Est, *a contrario*, interdite la négociation des règles portant sur la prohibition des discriminations.

(30) Le champ de couverture du droit du travail américain s'est en effet restreint à mesure que se sont développés les groupes de travailleurs réalisant leur prestation en dehors du giron de la relation de travail salariée, v. à ce propos, A. Bronstein, *International and Comparative Labour Law : Current Challenges*, op. cit., spéc. p. 22 et s.

(31) M. W. Finkin, « *The Legal Ambiguity of Fissured Work in the United States* » in *The Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace*, Wolters Kluwer, 2017, p. 7 et s., spéc. p. 8. V. aussi du même auteur, *American Labor and*

the Law : Dormant, Resurgent and Emergent Problems, Wolters Kluwer, 2019, spéc. p. 85 et s., où l'auteur croise cette conjoncture avec l'avancement des technologies et de l'automatisation.

(32) J. Berg, M. Aleksynka, V. De Stefano, M. Humblet, « *Non-standard Employment Around the World : Regulatory Answers to Face Its Challenges* » in *Games Changers in Labour Law : Shaping the Future of Work*, Wolters Kluwer, 2018, spéc. p. 27 et s. V. encore A. Meier, *The New Employment Relationship*, Dike, 2014, spéc. p. 19, identifiant un début de tendance à la fin des années 1970 qui n'a cessé de prospérer depuis lors, à la faveur d'un contexte de perte de puissance des syndicats combinée au système de l'« *employment-at-will* ». V. encore M. Freedland, « *Burying Caesar : What Was the Standard Employment Contract ?* » in K. V. W. Stone, H. Arthurs (dir.), *Rethinking Workplace Regulation : Beyond the Standard Contract of Employment*, Russell Sage Foundation, 2013, p. 81 et s. ; K. V. W. Stone, « *The Decline in the Standard Employment Contract : A review of the Evidence* » in K. V. W. Stone, H. Arthurs (dir.), *Rethinking Workplace Regulation : Beyond the Standard Contract of Employment*, op. cit., p. 366 et s.

avec un accroissement des activités de services, requérant davantage de « flexibilité » dans l'emploi des ressources humaines. L'environnement législatif y est en outre particulièrement propice, puisque les contrats temporaires sont autorisés à pourvoir à des emplois permanents aux États-Unis, sans que n'existe de véritable durée maximum légale (33).

Or les entreprises qui recourent davantage au travail non standard investissent généralement moins dans la formation (34), ce qui peut avoir des conséquences particulièrement néfastes dans un contexte de révolution technologique, où la formation devient la meilleure garantie dont disposent les travailleurs pour s'adapter aux transformations induites par l'automatisation des tâches.

Il n'y a pas, aux États-Unis, de véritable définition légale du salarié, de sorte que le régime juridique y est comme en France fixé par la jurisprudence. Le contentieux sur la requalification y augmente à mesure que les employeurs tentent d'échapper à la législation en recourant à des contrats de « travailleurs indépendants », et la plupart des États fédérés américains appliquent une technique de faisceau d'indices pour identifier la réalité économique (35). Plus globalement, pas moins de 13 facteurs ont pu être retenus en jurisprudence pour caractériser cette relation de travail subordonnée (36), ce qui entre en résonance direct avec la jurisprudence française sur la qualification du contrat de travail, qui invite à mobiliser une pluralité d'indices pour identifier la relation de travail subordonnée. Persiste ainsi une certaine incertitude quant au régime juridique d'un certain nombre de travailleurs de l'« entre-deux ».

Cette tendance se révèle dangereuse dans un contexte de révolution technologique où beaucoup d'emplois ont vocation à disparaître ou évoluer si rien n'est fait pour s'assurer que les travailleurs faiblement qualifiés dans une situation contractuelle précaire puissent s'adapter à l'évolution ou à la transformation de leur métier. Cette tendance à la faible implication des entreprises dans l'embauche pérenne de travailleurs laisse présager d'autant moins grands efforts sur la formation de ceux-ci, qui apparaît pourtant

capitale dans un tel contexte, en particulier au regard du modèle préalablement identifié d'un marché du travail mobile et fluidifié. Ces enjeux tenant au champ d'application du droit du travail sont en lien direct avec ce qui nous apparaît comme un autre défi majeur pour le droit du travail de demain : celui de s'assurer de son effectivité.

L'effectivité du droit du travail comme défi

L'observation des relations de travail aux États-Unis et la façon dont le droit les encadre nous ont amené à identifier plusieurs difficultés tenant à l'effectivité du droit du travail lui-même.

D'abord, le processus conduisant à l'élaboration d'un accord collectif est – du moins aux États-Unis – difficile à mettre en œuvre, pour des raisons à la fois juridiques, économiques et culturelles que nous avons évoquées précédemment. Le droit du travail étant pour l'essentiel suspendu à l'existence d'accords collectifs, la difficulté à conclure ces accords devient un obstacle majeur à l'effectivité de ce droit. La France pallie ce risque en ayant conservé, en dépit d'un accroissement de la place accordée à la négociation collective, un considérable filet de sécurité législatif supplétif qui aura vocation à s'appliquer en l'absence d'accord collectif. En outre, divers mécanismes de négociation dérogatoire (avec des représentants du personnel, un salarié mandaté, ou substitution par une ratification par référendum) permettront à nombre d'entreprises d'être couvertes par un accord local. Et ne fussent-elles pas toutes couvertes par un tel accord, le niveau de la branche pourra le cas échéant suppléer la carence. Il paraît périlleux d'axer la quasi-totalité du droit du travail sur la négociation collective sans prévoir ce genre de mécanismes de « secours », sauf à courir le risque de le réduire à sa plus simple expression. Aussi l'effectivité du droit du travail américain pourrait s'accroître considérablement si celui-ci laissait une place à une négociation de branche, développait les mécanismes de négociation « alternatifs » et s'enrichissait de davantage de normes légales supplétives (37).

Par ailleurs, le système américain de sanctions applicables en cas de manquement au cadre légal est

(33) Pour une étude par pays, v. J. Berg, M. Aleksynka, V. De Stefano, M. Humblet, « *Non-standard Employment Around the World : Regulatory Answers to Face Its Challenges* » in *Games Changers in Labour Law : Shaping the Future of Work*, op. cit., spéc. p. 41.

(34) J. Berg, M. Aleksynka, V. De Stefano, M. Humblet, « *Non-standard Employment Around the World : Regulatory Answers to Face Its Challenges* » in *Games Changers in Labour Law : Shaping the Future of Work*, op. cit., spéc. p. 35.

(35) V. par ex : *Slayman v. Fedex ground package sys., inc.*, 765 F.3d 1033, 9^e cir., 2014, appliquant le droit de l'Oregon, *Alexander v. Fedex ground package sys., inc.*, 765 F.3d, 981, 9^e cir., 2014, appliquant le droit californien.

(36) V. *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Darden*, 503 US 318, 1992, citant *Community for Creative NonViolence v. Reid*, 490 US 730, 739-740.

(37) Même si des efforts ont été faits sur ce point, au premier chef desquels figure le droit à un salaire minimum.

assez lourd (procédure longue, en particulier dans le cadre du recours devant le NLRB en cas d'« *unfair labor practice* ») et peu dissuasif pour la plupart des employeurs. Là où pour la France le droit international et européen pourrait constituer une piste pour outrepasser des dispositifs internes insuffisamment respectueux des droits fondamentaux (notamment sur le terrain de la longueur excessive des procédures), les États-Unis ont culturellement une approche unilatérale concernant les normes internationales, et privilégient généralement la liberté des échanges économiques face aux droits des travailleurs (38), tendance qui ne semble pas s'être inversée ces dernières années.

Enfin, les outils de pression à disposition des syndicats (*economic weapons*) peuvent être court-circuités, et leurs intérêts considérablement réduits par la liberté managériale dont disposent les employeurs (le lock-out, ou encore et surtout le recours possible à des remplaçants permanents en cas de grève en est l'illustration typique). Sur ce dernier terrain, la France apparaîtra beaucoup mieux préservée, les outils de pression à disposition des syndicats et des salariés étant amplement utilisables et utilisés, sans que réciproquement le lock-out soit autorisé.

(38) V. sur la question A. Hyde, « *A Game Theory Account and Defense of Transnational Labour Standards : A Preliminary Look at the Problem* » in J. Craig et S. Lynk (dir.), *Globalization and the Future of Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, spéc. p. 154 et s. ; ainsi que E. Potter, « *The Growing Importance of the International Labour Organization : The View from the United States* » in J. Craig et S. Lynk (dir.), *Globalization and the Future of Labour Law*, op. cit., p. 356 et s.

Conclusion

Au bilan, le droit américain du travail contemporain nous permet de mettre en relief un certain nombre de problématiques communes avec le système juridique français, même s'il nous apparaît impossible – à ce stade – d'évoquer une véritable « américanisation » du droit. Un mouvement de convergence paradigmatique est toutefois identifiable. Il s'agira dans les deux cas, à des degrés et selon des modalités encore bien différents, de réguler, en laissant une importante autonomie normative aux acteurs eux-mêmes, un marché du travail où la mobilité du travail et des travailleurs est identifiée comme bénéficiant d'une centralité. De ce modèle ressort des défis communs pour le futur de nos droits du travail respectifs, qui tiennent aussi bien à leur champ d'application qu'à leur effectivité dans un environnement d'« éclatement » des formes d'emploi et d'intervention très mesurée des gouvernements.

Loïc Malfettes