



Le Licenciement Economique en Droit Américain : **Avertir, sans Indemnisation de Terminaison**

Dans l'économie digitale globale, les « licenciements pour des motifs économiques » ont lieu en cas de faillite, restructuration, externalisation de services et vente de la société. Les législations nationales portant sur de tels licenciements s'évaluent, face à l'évolution croissante de l'économie digitale, d'entreprises virtuelles multinationales, du co-working, des services en ligne et de la sous-traitance internationale. Les investisseurs étrangers, les entreprises étrangères s'étendant aux Etats-Unis par voie de filiale commerciale, et les prestataires de services externalisés devront connaître le régime juridique américain portant sur de tels licenciements.¹

Cet examen offre une comparaison de régimes juridiques en décrivant le régime américain, tenant compte des principes de base d'un licenciement pour motif économique en droit français. La loi française cible les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié consécutif à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. La loi française dénomme trois classes de « licenciement pour motif économique », soit les licenciements résultant:

- d'une suppression d'emploi, ou
- d'une transformation d'emploi, ou
- d'une modification (refusée par le salarié) d'un élément essentiel du contrat de travail.²

Dans le premier cas français, depuis 1989 la loi américaine fédérale prévoit un préavis par l'employeur en cas de suppression d'emploi par licenciement en masse. Quant au deuxième cas (une transformation d'emploi), le changement de lieu est réglementé, mais pas le changement du titre, des fonctions ou des émoluments de l'employé. Quant au troisième cas (une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail), aucun contrôle fédéral américain ne s'y applique. En tous cas, la loi fédérale américaine ne concerne pas les employeurs ayant moins de 50 employés aux Etats-Unis ou dans un certain état.³

¹ Définition de « Lift and shift ». (1) migration de services et de processus du client à un prestataire externalisé ; (2) structure de l'arbitrage de salaires, diversification géographique ou sortie par le client d'une ligne commerciale ; (3) procédures d'un technicien médical d'urgence de transporter un corps blessé à l'hôpital. » W. Bierce, *Devil's Dictionary of Global Sourcing* (2011).

² <http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/rupture-de-contrats/licenciement/article/la-definition-du-licenciement-pour-motif-economique>; Code du Travail français, l'art 1233-3, <https://www.legifrance.gouv.fr> (accédés le 12 mars 2016).

³ Les employeurs ayant au moins 50 employés aux Etats-Unis sont assujettis à l'obligation de donner un préavis pour des licenciements ou fermeture de site d'emploi, selon certaines conditions. Il est à noter que, sous « ObamaCare » (Patient Protection and Affordable Care Act), l'obligation de payer des primes d'assurances médicales commence avec une entreprise (intégrée avec ses affiliées) ayant au moins 50 employés à plein temps.

Bref, l'employé américain aura le droit à un préavis minimum ou, le cas échéant, des indemnités de terminaison *conventionnelles*, comme condition d'acceptation de l'emploi. Une fois l'accord mutuel engagé, l'employé n'a pas de droits à des indemnités en cas d'une « rupture abusive pour motif économique. » En sus, certains états prévoient de tels préavis.

Pourquoi insister sur un préavis ? Un préavis permet aux travailleurs et leurs familles un temps de transition pour s'ajuster à la perte prospective d'emploi, de rechercher et trouver des postes alternatives ailleurs et, si nécessaire, de suivre une formation permettant une réinsertion compétitive au marché du travail.⁴

I. Définition du Licenciement économique

a. Loi Fédérale

i. Conditions Applicables

En droit fédéral américain, un tel licenciement résultant d'une suppression ou transformation d'emploi tombe sous le régime du *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* (le « WARN » Act).⁵ Selon cette loi, une entreprise doit donner un préavis aux employés en question (y compris les autres que ne seront pas licenciés mais dont les fonctions seront changées en vertu des licenciements), à leur syndicat (s'il y a lieu) et aux gouvernements de l'état et de la municipalité en question en cas d'un « plant closing » (fermeture de site d'emploi) ou « mass layoff » (licenciements en masse). Aucun préavis n'est exigé (i) aux tiers contractants, (ii) aux grévistes faisant partie d'un syndicat qui fait la grève ou qui seront exclus du site (« lockout »), (iii) en cas de projet limité qui, au début, avait été décrit comme étant à durée déterminée, ou (iv) en cas de manque de contrôle ou imprévisibilité.

- Un « plant closing » a lieu en cas de la fermeture prévue d'un site d'emploi (ou d'une partie d'un site) quand les licenciements apporteront une perte d'au moins 50 employés pendant toute période de 30 jours.
- Une « mass layoff » couvert par la WARN Act a lieu aux autres licenciements qui ne sont pas des « plant closings » mais qui portent le licenciement d'au moins 500 employés dans une période de 30 jours. Toutefois, si au moins 33% de la main d'œuvre du site sera licencié, le préavis selon un « mass layoff » s'appliquera au site, moyennant qu'il y a au moins 50 employés au site.

⁴ Règlement sur le WARN Act, 20 C.F.R. § 639.1(a). Pour la préambule des considérations avant l'adoption du règlement, voir U.S. Dept. of Labor, *Worker Adjustment and Retraining Notification Act (WARN) - Preamble to the 1989 Final Rule* (20 avril 1989), <http://www.dol.gov/general/topic/training/warn-reg-preamble>.

⁵ WARN Act, U.S. Public Law 100-379 (codifié au 29 U.S.C. 210l, et seq.) et la réglementation du Department of Labor 20 CFR Part 639. Voir <https://www.doleta.gov/programs/factsht/warn.htm>.

- Pour une vente de contrôle (rachat, fusion, acquisition) portant un changement de contrôle, le préavis est 60 jours. La date de cession détermine qui devra donner le préavis. C'est le vendeur en cas de licenciements avant la vente, et l'acheteur si les licenciements ont lieu après la vente.

Pour compter un « perte d'emploi économique » en cas de fermeture de site ou transfert à un nouveau site, on exclut les terminaisons pour cause, les séparations volontaires et les retraites, les suspensions de travail de moins de 6 mois et les réductions du nombre d'heures de travail de moins de 50% mesuré selon des périodes de 6 mois. On exclut également les transferts de lieu de travail que l'employé accepte, si le nouveau site n'est pas déraisonnablement loin de l'ancien site.

Dans chaque cas, on ne compte pas les employés ayant travaillé pour moins de six mois dans les dernier douze mois ou les employé qui travaillent moins de 20 heures par semaine à la moyenne. Ces deux derniers groupes ont droit à un préavis mais pas de continuation ou indemnité de terminaison.

Afin de ne pas encourager l'employeur à truquer les chiffres, le préavis doit être fourni aussi si, nonobstant la non-satisfaction de ces conditions préalables ordinaires pour la période de 30 jours avant la date effective du licenciement en masse, les conditions sont satisfaites pendant toute période de 90 jours. L'employeur peut s'échapper à cette exception par une preuve que les autres pertes d'emplois sont le résultat d'actions et d'évènements séparés et distincts.

Trois exceptions à l'obligation de donner le préavis suivent les principes du manque de contrôle économique, de la force majeure et de l'imprévisibilité.

- Pour une société en détresse, une exception (étroitement appliquée) pour des fermetures de sites s'applique aux cas où la société a cherché un apport de capitaux (ou une nouvelle clientèle) afin de tenir les portes ouvertes et où le fait d'avoir donné un préavis serait préjudiciable à la restructuration.
- Aucun préavis n'est nécessaire pour les fermetures ou licenciements en masse attribuables aux circonstances économiques ou commerciales qui n'avaient pas été raisonnablement prévisibles au moment où le préavis aurait été normalement dû.
- Enfin, un désastre naturel exonère l'employeur du préavis.

Dans chaque exception, l'employeur doit justifier le manque de 60 jours de préavis, et doit donner autant de préavis que raisonnablement pratique.

ii. Conséquences.

L'employeur doit payer les salaires et émoluments pour la période des 60 jours de préavis. C'est normal, et souvent les employeurs attendent que ces 60 jours s'écoulent avant de payer, car ils ne sont pas obligés à payer si l'employé licencié aurait « volontairement » quitté le travail pour commencer un travail avec un autre employeur.

En sus, l'employeur doit payer les émoluments des programmes de « bénéfices aux employés » (« employee benefit plans »). Ainsi, on inclut non seulement la valeur des assurances, mais également « le coût de tous les frais médicaux de l'employé qui aurait été couvert par un plan de groupe pour le

bénéfice des employés. »⁶ En effet, l'employeur en violation devient l'assureur pour les 60 jours.

b. Loi des Etats

Au moins 12 états ont adopté des lois « mini-WARN », y compris la Californie, le Hawaii, l'Illinois, le Maine, le Maryland, le Massachusetts, le Minnesota, le New Hampshire, le New Jersey, le New York, la Tennessee, les Iles Vierges américaines et le Wisconsin. Certains villes (tel que Chicago) adoptent le même approche. Prenons deux exemples.

i. La Californie.

Pour un licenciement pour manque de fonds ou de travail à faire, ou en cas de du transfert en masse de lieu de travail à un autre endroit plus de 100 miles de loin ou terminaison sous la loi « Cal-WARN », un employeur industriel ou commercial en Californie doit donner un préavis de 60 jours et satisfaire aux formalités prévues selon la loi WARN fédérale, et ce pour n'importe quel nombre d'employés en Californie.⁷ La loi ne s'applique pas aux employeurs ayant moins de 75 personnes employés dans les 12 mois précédents. Les paiements par l'employeur sont plafonnés à un maximum de paie et émoluments pour les 60 jours avant le licenciement.

Indépendamment du « Cal-WARN Act, » la Californie a adopté un acte « CAL-COBRA » qui étend à 36 mois le droit de l'employé terminé pour n'importe quelle raison de continuer à participer au régime d'assurances médicales comme s'il continuait à être employé, moyennant qu'il paie les primes d'assurances pour cette continuation.⁸

ii. Le New York

Sous le "New York State Worker Adjustment and Retraining Notification (WARN) Act,"⁹ les employeurs doivent donner des préavis aux employés, tout représentatif des employés, le Département du Travail de l'Etat et le "Local Workforce Investment Board (LWIB)." Cette loi s'applique à tout employeur ayant au moins 50 employés à plein temps dans New York et couvre :

- Les fermeture portant sur au moins 25 employés;

⁶ WARN Act, 29 U.S.C. 2104(a)(1)(B), repris dans California Labor Code, Section 1402(a)(2).

⁷ California Labor Code, Sections 1400-1408. <http://leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=lab&group=01001-02000&file=1400-1408> (accédé le 12 mars 2016).

⁸ Le Comprehensive Omnibus Budget Reconciliation Act exige ce droit, mais seulement pour 18 mois après la terminaison d'emploi.

⁹ New York Labor Law, Section 860 *et seq.* (Chapitre 278 des Lois de 2008), <https://labor.ny.gov/agencyinfo/PDFs/WARN%20law%20%20chapter%20475.pdf> et règlements https://labor.ny.gov/workforcenypartners/warn/pdfs/Text_of_New_York_State_WARN_Rule_7-10.pdf (accédés le 12 mars 2016).

- Des licenciements en masse portant sur au moins 25 employés (si les 25 ou plus comprennent au moins 33% de tous les employés au site à New York) ;
- Les licenciements en masse portant sur au moins 250 employés à plein temps ; ou
- Certains autres changements de lieu de travail ou réductions d'heures de travail.

Selon la New York Business Corporation Law, l'article 630(a) tient les 10 actionnaires ayant les plus grands parts des actions d'une société de droit de New York (ou de droit étranger) ayant des opérations à New York responsables pour la rémunération d'employés (autres que des contracteurs) situés à New York. L'application de cette loi à des sociétés incorporées hors de New York ne date que depuis 2015.

II. Plafonnement d'Indemnités de Rupture Abusive (Loi Fédérale)

Le régime du WARN Act n'octroie pas aux employés des indemnités de rupture abusive. Au pire, l'employeur doit payer la rémunération ordinaire (y compris les contributions aux fonds de retraite, assurances médicales, etc.) pendant la période de préavis non-respecté. Toute indemnité pour violation est réduite par les montants déjà payés. Une pénalité civile de \$500 par jour de violation s'applique en cas de non-notification au gouvernement local. Sont exonérés les employeurs satisfaisant les obligations envers tous les employés terminés dans les 3 semaines après la fermeture ou licenciements en masse.

Tout employé ou gouvernement local impliqué peut ester en justice, individuellement ou comme une « class action, » devant les tribunaux fédéraux contre les violations. Le tribunal peut exiger le paiement d'honoraires d'avocat et d'autres frais. Toutefois, le WARN Act ne donne aucune autorité aux tribunaux à enfreindre ou bloquer une fermeture de site ou de licenciement en masse.¹⁰

III. Délai de Prescription (salaires et contestations de rupture) (Loi Fédérale)

Le préavis de licenciement doit atteindre les parties ciblées au moins 60 jours avant le licenciement en masse ou la fermeture de site. Pour des licenciements échelonnés, on compte les 60 jours pour chaque licenciement individuel.

La règle de la prescription n'est pas mentionnée dans le WARN Act. Comme résultat, on regarde d'autres principes de la prescription applicables à la mise en vigueur de lois fédérales. En 1999, la Cour Suprême a décidé que la prescription n'est pas réglée par la prescription de 6 mois sous la National Labor Relations Act, mais que c'est la règle de la prescription de « la loi la plus analogue » qui doit être « empruntée. »¹¹ Ainsi, par exemple, selon la Cour d'Appel du Deuxième Circuit fédéral, c'est la loi applicable aux différends survenant de contrats qui doit s'y appliquer.¹² Donc, à New York, le travailleur (seul ou en masse dans une « class action ») doit déposer son assignation dans les 6 ans suivant l'acte préjudiciable.

¹⁰ WARN Act, 29 U.S.C. 2104(b).

¹¹ *North Star Steel Co. v. Thomas*, 515 U.S. 29 (1995).

¹² *United Paperworkers v. Specialty Paperboard, Inc.*, 999 F.2d 51 (2d Cir. 1993).

BIERCE & KENERSON, P.C.

Les droits des travailleurs en cas de faillite d'un employeur peuvent être respectés en cas de faillite. Dans ce cas, ils risquent la prescription à deux reprises. D'abord, il faut déposer une demande de créancier auprès du tribunal de faillite. Ensuite, il faut respecter la prescription ordinaire pour tout contentieux déposé contre la société en faillite (et ce avec le consentement du tribunal de faillite).

IV. Suivi

En cas de toute question, n'hésitez pas de contacter l'auteur, William Bierce.

*Q:\BAR-ASSN\GES\Sec.Intle-WhPapers\206-03-13-Licenciements Economiques -USA.v2.docx
PROPRE*