



## Les Modes Alternatifs de Règlements de Conflits entre Employé et Employeur aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, dans l'absence d'un contrat d'emploi contraire ou une violation de droits civils, un emploi est normalement terminable par l'un ou l'autre des parties sans cause, sans préavis et sans indemnité de terminaison. C'est le régime de la libre séparation d'emploi (« at-will employment »). Cette note recueille brièvement les schémas des modes alternatifs de règlements de conflits (« Alternative Dispute Resolution, » ou « ADR ») entre un employé et son ancien employeur aux Etats-Unis en cas de revendication de droits civils ou de brèche d'un contrat de travail.

**Les Modes de la Rupture à l'Amiable.** En dehors des modes traditionnels de rupture du contrat de travail (les voies judiciaires et administratives), il y a essentiellement quatre modes de rupture amiable : (i) la négociation à l'amiable, (ii) l'arbitrage, (iii) la médiation, et (iv) « early neutral evaluation » (une évaluation « tôt » par un expert neutre) en vue d'une négociation à l'amiable. Eventuellement tous les modes exigeront le dépôt d'une déclaration fiscale pour caractériser les paiements.

Négociation à l'Amiable. Dans la négociation à l'amiable (hors de tout contentieux), l'employeur offre une somme forfaitaire en contrepartie d'un quitus. Les négociations sont normalement commencées par l'employé ou son avocat. La procédure civile protège la confidentialité des négociations.<sup>1</sup>

Un Système Fiable d'Arbitrage. Le Department of Labor fédéral préconise l'utilisation de l'arbitrage, moyennant sept conditions pour la bonne qualité,<sup>2</sup> pour satisfaire aux exigences constitutionnels que l'arbitrage soit équitable<sup>3</sup>:

1. Un arbitre neutre qui connaît les lois applicables et comprend les besoins et les inquiétudes des parties;

---

\* *Ce document peut être reproduit sans charges moyennant pleine attribution et mention du droit d'auteur. Cet article n'est pas un conseil juridique et peut être réputé comme une publicité d'avocat. Les résultats historiques ne donnent aucune assurance pour l'avenir.*

<sup>1</sup> Pour les contentieux devant les tribunaux fédéraux, on suit l'article 408 des Federal Rules of Civil Procedure. Pour les contentieux devant un tribunal d'un état, la règle locale s'y applique, par exemple, New York Civil Practice Law and Rules, Rule 4547.

<sup>2</sup> U.S. Dept. of Labor, "Employment Litigation and Dispute Resolution," disponible à <https://www.dol.gov/sec/media/reports/dunlop/section4.htm>.

<sup>3</sup> Voir *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane*, 500 U.S. 20 (1991), disponible à <https://www.law.cornell.edu/supct/html/90-18.ZS.html>, basé sur la Federal Arbitration Act de 1920, qui pré date par 20 à 40 ans la législation fédéral du travail.

2. Une méthode simple et équitable selon laquelle l'employée peut obtenir les informations nécessaires pour présenter sa revendication;
3. Une méthode équitable de partage des frais d'administration de l'arbitrage, pour assurer l'accès abordable par tous les employés;
4. Le droit à une représentation indépendante juridique, si l'employé le veut;
5. Un éventail de remèdes équivalents aux ceux qui sont disponibles dans les contentieux devant les tribunaux;
6. Une sentence écrite par l'arbitre pour expliquer le bien-fondé du résultat; et
7. Un recours d'appel judiciaire suffisant pour assurer que le résultat se conforme aux lois applicables.

La Médiation. Plusieurs tribunaux encouragent la médiation (ce qui réduit le fardeau sur les juges), en adoptant des règlements de la médiation<sup>4</sup> et même affichant sur l'Internet des formules d'accords pour démarrer et contrôler la confidentialité de la médiation.<sup>5</sup> Voire, même, certains tribunaux exigent une médiation de tous les différends du droit du travail portant sur « la discrimination » (sauf certains cas de calcul du montant payable pour les heures travaillées).<sup>6</sup>

Evaluation par un « Observateur Neutre ». Certains tribunaux américains offrent « early case evaluation by a neutral », ou bien “early neutral evaluation.”<sup>7</sup> Selon ce mode de conciliation, les parties s'engagent par accord mutuel à soumettre leurs différends à une personne « neutre » pour une « évaluation » des chances de chaque côté. Ils en tirent les conclusions pour une négociation à l'amiable, ou ils peuvent poursuivre les recours normaux.<sup>8</sup> En principe, le processus facilite la négociation en deçà de « la zone de la réalité ».<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Voir U.S. District Court for the Southern District of New York, Procedures of the Mediation Program (2013), disponible à <http://www.nysd.uscourts.gov/docs/mediation/Mediation%20Program%20Procedures.12.9.13.pdf>.

<sup>5</sup> Voir, les formules étalées par la Superior Court of Orange County, California, disponibles à <http://www.occourts.org/directory/civil/alternative-dispute-resolution/forms.html>.

<sup>6</sup> Voir U.S. District Court for the Southern District of New York, Counseled Employment Discrimination Cases, Second Amended Standing Order (le 1 oct. 2015), disponible à <http://www.nysd.uscourts.gov/docs/mediation/2015%20-%20Second%20Amended%20Standing%20Admin%20Order%20-%20Counseled%20Employment.pdf>.

<sup>7</sup> Voir, par exemple, Superior Court of Orange County, California, <http://www.occourts.org/self-help/civil/beforetrial.html> et <http://www.occourts.org/directory/civil/alternative-dispute-resolution/>

<sup>8</sup> Harvard Law School Library, Research, “Alternative Dispute Resolution Research, Information about researching common ADR methodologies, including arbitration, negotiation, mediation, and more,” disponible à <http://guides.library.harvard.edu/c.php?g=310591&p=2078483>. Voir également la bibliographie pour “labor and employment” ADR, disponible à <http://guides.library.harvard.edu/c.php?g=310591&p=2078694>.

<sup>9</sup> Voir U.S. District Court for the Northern District of California, « Early Neutral Evaluation, » disponible à <http://www.cand.uscourts.gov/ene>.

**Invalidité Potentielle de Modes Alternatifs de Règlements de Conflits.** L'employé peut-il éventuellement remettre en cause son accord ou un mode alternatif de règlement de conflit?

Invalidité Potentielle d'un Accord à l'Amiable. En cas d'accord de quitus, l'employé pourrait essayer d'annuler l'accord de séparation seulement pour des fautes entraînant la nullité de contrat, telle que le manque de conseil juridique, l'incapacité, l'oppression de fait, le manquement de suivre les délais légaux d'ouverture de l'accord à la signature ou de la renonciation après signature (selon la loi sur « Age Discrimination in Employment »). Le quitus peut être assez compliqué, car certaines lois exigent la mention de la loi particulière applicable, comme condition préalable à la validité du quitus. Et, en Californie, le code civil exige que tout quitus comprenant des revendications qui ne sont pas encore connues doive faire l'objet d'une mention du texte de l'article applicable, ou le quitus est nul pour de telles revendications.<sup>10</sup>

Invalidité Potentielle de l'Arbitrage.

L'Annulation Judiciaire selon la Federal Arbitration Act. La loi fédérale sur l'arbitrage limite les recours contre une sentence arbitrale à des cas de non-respect de certains principes de bases, tels que la corruption, préjudice évident, excès de pouvoirs, faute manifeste de calcul, etc.<sup>11</sup>

La Validité d'une Renonciation du Droit d'Ester en Justice ; les « Class Actions ». Il y a une bataille en cours entre la Cour Suprême des Etats-Unis et les tribunaux de la Californie en matière de l'ordre public sur la validité de clauses contractuelles renonçant au droit d'ester en justice en matière d'un contentieux pour le compte d'une classe de parties demandresses. Les tribunaux de Californie estiment qu'une telle renonciation est « unconscionable » (choquant à la conscience) et donc invalable. C'est une question constitutionnelle.

En 2011, la Cour Suprême des Etats-Unis a soutenu la validité d'un accord d'arbitrage qui renonce à tout droit d'ester en justice selon une « class action ».<sup>12</sup> Ainsi, une clause d'arbitrage doit être respectée, car l'ordre public fédéral (la Federal Arbitration Act, qui favorise l'arbitrage) prime l'ordre public de tout état (tel que la Californie) au contraire.<sup>13</sup> Mais une renonciation de recourir à l'arbitrage peut être invalable si la clause n'a pas été signée ou paraphée spécialement (en Californie), et donc manquant un consentement conscient. Selon la Californie, une telle renonciation peut être invalable si l'employé assigne l'employeur pour le compte d'une classe d'employés semblables pour ester en justice pour exercer le droit, sous la National Labor Relations Act, d'une action « concertée » (et donc

---

<sup>10</sup> Calif. Civil Code, Sec. 1542, disponible à <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=civ&group=01001-02000&file=1541-1543>.

<sup>11</sup> Federal Arbitration Act, 9 U.S. Code, Sections 9-10, disponibles à <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/10> et <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/11>.

<sup>12</sup> Voir Federal Rule of Civil Procedure, Rule 23 (« Class Actions »), disponible à [https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_23](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23).

<sup>13</sup> *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011); *DirectTV v. Imburgia*, \_\_\_ US \_\_\_ (Dec. 14, 2015), disponible à [https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-462\\_2co3.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-462_2co3.pdf).

statutairement protégée) dans le contexte de s'exprimer devant l'employeur<sup>14</sup> ou sous une loi de l'état qui autorise un employé à ester en justice pour tous les employés du même employeur si l'employeur est en violation d'une loi applicable.<sup>15</sup>

**Incitations à Transiger.** En cas de contentieux devant les juridictions du travail, quelles mesures ont été prises afin d'inciter à la conciliation ? Même sans contentieux, une transaction est favorisée.

Le salarié est incité à opter pour ces modes de rupture pour certaines raisons.

- S'il a été licencié, l'accord de séparation n'annule pas la qualité involontaire de la séparation, et donc il conserve le droit à l'assurance chômage.
- Il pourra demander une recommandation favorable, ou du moins « neutre », ou une description favorable de ses accomplissements, pour un prochain emploi ailleurs.
- Le contentieux implique des frais (ou un partage selon un « success fee » qui diminue les dommages-intérêts pour l'employé), des distractions avec des incidences économiques et psychologiques et des pertes de temps, aussi bien qu'une publicité nuisible.
- Dans certains tribunaux, tous les contentieux (sauf quelques exceptions) peuvent être l'objet d'une médiation volontaire, ce qui est une forme de négociation.<sup>16</sup>

L'employeur est incité également à trouver des recours alternatifs au contentieux judiciaires. Dans le régime de l'emploi « at will », la liberté à licencier un employé sans préavis, sans indemnité et sans cause est cerné par plusieurs droits civils entérinés dans les lois fédérales et des états, aussi bien que dans certains villes.<sup>17</sup> Pour gérer le risque d'une revendication judiciaire ou administrative d'une violation de tels droits civils, les employeurs offrent souvent des indemnités de terminaison (s'il y n'en a pas dans un contrat de travail) en contrepartie d'un accord de séparation.

**La Pratique et Les Statistiques.** Quelle est globalement la place de ces ruptures amiables ou de ces modes alternatifs de règlement des conflits dans chaque droit du travail national ? En général, c'est la grande partie de ces conflits sont transigés sans besoin d'une décision judiciaire.

En effet, l'ADR est régulièrement pratiqué pour éliminer les frais, les pertes de temps, les risques incontrôlables, les délais, l'incertitude et la détresse psychologique. Selon certains praticiens (arbitres,

---

<sup>14</sup> *Totten v. Kellogg Brown & Root LLC*, 2016 WL 316019, at \*7 (C.D. Cal. Jan. 22, 2016).

<sup>15</sup> “Private Attorneys General Act” (“PAGA”), Calif. Civil Code, Sections 2698 - 2699.5, disponible à <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=lab&group=02001-03000&file=2698-2699.5> Certains états protègent les « siffleurs » (« whistleblowers ») qui portent plainte contre un employeur devant une agence gouvernementale. Voir, par exemple, « Conscientious Employee Protection Act » du New Jersey, disponible à [http://lwd.dol.state.nj.us/labor/forms\\_pdfs/lwdhome/CEPA270.1.pdf](http://lwd.dol.state.nj.us/labor/forms_pdfs/lwdhome/CEPA270.1.pdf).

<sup>16</sup> Voir U.S. District Court for the Southern District of New York, « *What is Mediation ?* », disponible à <http://www.nysd.uscourts.gov/mediation>.

<sup>17</sup> Voir, par exemple, le Fair Labor Standards Act, Title VII of the Civil Rights Act, the Americans with Disabilities Act et le Age Discrimination in Employment Act.

médiateurs professionnels), les statistiques montre que 90% des contentieux sont résolus par un accord, et que le taux de la réussite de la médiation est environ 80% à 90%.<sup>18</sup> Or, certains chercheurs, regardant les statistiques dans l'état de la Georgie, estime que c'est plutôt de 52% à 55% pour les différends de la discrimination au travail<sup>19</sup> (une catégorie qui peut avoir lieu sans terminaison de travail).

La fonction du médiateur est de rapprocher les parties en les aidant à se comprendre dans des échanges directes (une réunion dite « caucus ») et ensuite, séparément, de suggérer des solutions dans « une zone de la réalité. » Parfois les avocats plaident devant le médiateur non seulement pour persuader l'autre partie, mais pour persuader le médiateur d'imposer une pression sur l'autre partie (un détournement. Cette dernière pression de détournement de l'impartialité du médiateur est connue comme « tourner le médiateur en rond » (« spinning the mediator »). Les avocats et les médiateurs doivent donc reconnaître leurs rôles respectifs et respecter les normes de la neutralité du médiateur.

La formation professionnelle dans l'ADR est un élément essentiel de tout avocat qui poursuit une carrière du contentieux. Ceci dit, la médiation pose des problèmes de stratégie et de déontologie pour l'avocat qui plaide normalement devant le juge, car les clients se décident le dénouement avec la facilitation du médiateur, et le but est de terminer le contentieux. Donc les barreaux s'occupent d'organiser des cours de formation ADR d'avocats<sup>20</sup> et des médiateurs.

---

<sup>18</sup> Boston Collaborative, LLC, « Useful Information about Dispute Resolution, » disponible à <http://www.bostonlawcollaborative.com/blc//resources/useful-information-about-dispute-resolution.html>.

<sup>19</sup> Pour une étude technique approfondie des résultats de l'ADR., voir Theodore Eisenberg et Charlotte Lanvers, "What is the Settlement Rate and Why Should We Care?" Cornell University Law School, Scholarship@Cornell Law, A Digital Repository, Cornell Law Faculty Publications Faculty Scholarship3-2009, disponible à <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1202&context=facpub>.

<sup>20</sup> Voir, par exemple, New Jersey Bar Association, « *Mediating Employment Cases in Federal District Court & Maximizing Your Client's Positions: A Bird's Eye View from the Experts,* » <http://tcms.njsba.com/PersonifyEbusiness/Default.aspx?TabID=1699&productId=8040773>.