

RISA L. LIEBERWITZ Université Cornell

¹ 2017 U.S. App. LEXIS 17340 (9th Cir. 2017), *cert. granted*, 2017 U.S. LEXIS 4432 (2017).

² 857 F.3d 554 (4th Cir. 2017), *cert. granted*, 137 S. Ct. 2080 (2017).

³ Voir A. Howe, *Justices agree to weigh in on travel ban, allow parts of it to go into effect*, SCOTUSblog (Jun. 26, 2017, 11:51 AM), <http://www.scotusblog.com/2017/06/justices-agree-weigh-travel-ban-allow-parts-go-effect/>.

⁴ Voir A. Howe, *Trump issues new order on travel*, SCOTUSblog (Sep. 24, 2017, 11:09 PM), <http://www.scotusblog.com/2017/09/trump-issues-new-order-travel/>; A. Howe, *Justices take travel ban cases off October argument calendar*, SCOTUSblog (Sep. 25, 2017, 3:05 PM), <http://www.scotusblog.com/2017/09/justices-take-travel-ban-cases-off-october-argument-calendar/>.

I. ÉVOLUTIONS DES NORMES LIÉES À L'IMMIGRATION

Presqu'immédiatement après son investiture en tant que Président des Etats-Unis, Donald Trump a signé un Décret présidentiel interdisant l'entrée aux Etats-Unis des ressortissants de certains pays à majorité musulmane. Une Cour d'appel fédérale a confirmé la suspension provisoire à l'échelle nationale de ce premier décret présidentiel, en se fondant sur des éléments attestant des intentions discriminatoires de l'administration à l'encontre des musulmans. Après que l'administration eut répondu en promulguant un décret révisé instaurant l'interdiction de délivrer, pendant 90 jours, des visas aux ressortissants de six nations à majorité musulmane (Soudan, Syrie, Iran, Yémen, Somalie et Libye), deux tribunaux fédéraux de première instance se sont fondés sur les mêmes éléments de discrimination pour décider d'injonctions provisoires contre l'application de ce décret, ces injonctions ayant été confirmées par deux Cours d'appel fédérales. Dans *Hawaii v. Trump*¹, la Cour d'appel (neuvième circuit) a jugé que le Président avait abusé de son autorité en promulguant le Décret présidentiel, étant donné l'absence de preuves attestant de la nécessité de ce Décret. La Cour a également fondé sa décision sur des éléments de preuve attestant que le Décret présidentiel instaure une discrimination basée sur l'origine nationale. Dans *Int'l Refugee Assistance Project v. Trump*², la Cour d'appel (quatrième circuit) a confirmé l'injonction basée sur les éléments attestant que l'adoption du Décret présidentiel était motivée par le souhait du Président d'exclure les musulmans des Etats-Unis, en violation de la clause de la liberté d'établissement du Premier Amendement. La Cour

a jugé que les arguments de sécurité nationale du Gouvernement ne l'emportaient pas sur le préjudice causé par l'éventuelle violation de la Constitution. De plus, la Cour a jugé plausible l'allégation des demandeurs selon laquelle le motif de sécurité nationale serait de mauvaise foi.

Le 26 juin 2017, la Cour Suprême des Etats-Unis a procédé à l'examen des injonctions des tribunaux fédéraux et a joint les deux affaires. Parallèlement, la Cour a rendu un avis autorisant le Gouvernement à appliquer le Décret en instance d'examen par la Cour Suprême, à l'exception des voyageurs et réfugiés pouvant présenter des « preuves crédibles » d'une relation authentique avec une personne ou une institution aux Etats-Unis³. La Cour a programmé une plaidoirie orale dans les deux affaires pour le 10 octobre 2017. Cependant, le 24 septembre 2017, le Président Trump a promulgué un nouveau décret interdisant l'entrée aux Etats-Unis des citoyens de huit pays : Iran, Libye, Yémen, Somalie et Syrie, Corée du nord, Venezuela et Tchad. Le décret de Trump estime que les procédures de ces pays ne présentent pas de « garanties suffisantes » pour permettre au gouvernement des Etats-Unis « d'évaluer si les ressortissants étrangers qui tentent d'entrer aux Etats-Unis représentent ou non une menace pour la sécurité⁴ ». La Cour Suprême

a annulé la plaidoirie orale dans les affaires concernant le Décret présidentiel interdisant l'entrée aux Etats-Unis et a demandé aux parties de déposer des mémoires indiquant si les remises en cause du Décret présidentiel sont désormais sans objet, en raison du nouveau Décret et de la proximité de la date d'expiration de la suspension temporaire d'admission des réfugiés, instaurée par le Décret présidentiel, et fixée au 24 octobre. La Cour décidera soit de classer les affaires, soit de reprogrammer la plaidoirie orale.

Le 5 septembre 2017, l'administration Trump a annoncé qu'elle allait mettre fin au programme DACA (*Deferred Action for Childhood Arrivals*) qui avait été créé par l'administration Obama en 2012. Le DACA empêche l'expulsion des jeunes immigrants sans papiers arrivés dans le pays alors qu'ils étaient enfants, et protège ainsi environ 800 000 personnes. Trump a annoncé un délai de six mois pour mettre un terme au DACA afin de laisser au Congrès le temps d'examiner la possibilité d'intégrer les protections apportées par le DACA dans la législation⁵. Quinze Etats ont poursuivi l'administration en justice, au motif que l'annulation du DACA est anticonstitutionnelle⁶.

En réponse aux mesures d'exécution agressives de l'administration Trump en matière d'immigration, un mouvement de sanctuarisation s'est déployé à l'échelle nationale, dans de multiples Etats, villes et autres localités. Le Procureur général des Etats-Unis a tenté de retirer les fonds fédéraux aux gouvernements des municipalités et des Etats qui se sont déclarés sanctuaires ou qui ont refusé d'aider le gouvernement fédéral à appliquer la loi sur l'immigration. Le 15 septembre 2017, un juge fédéral de Chicago a rendu une injonction provisoire nationale empêchant l'administration Trump de retirer les subventions de sécurité publique aux villes sanctuaires qui ne coopèrent pas à l'application de la loi fédérale sur l'immigration⁷. Le 5 octobre 2017, la Californie a promulgué deux nouvelles lois qui déclarent la Californie Etat sanctuaire et limitent la coopération de l'Etat avec les officiers fédéraux de l'immigration. Entre autres restrictions, la loi de l'Etat exige que les officiers fédéraux de l'immigration produisent un mandat judiciaire afin de pouvoir accéder aux lieux de travail en Californie⁸.

II. ÉVOLUTIONS DE QUESTIONS DE DROIT LIÉES AU LIEU DE TRAVAIL

Le 27 septembre 2017, la Cour Suprême des Etats-Unis a répondu favorablement au recours extraordinaire (*certiorari*) lui demandant d'examiner la décision d'un tribunal de première instance dans *Janus v. AFSCME, Council 31*⁹, qui avait rejeté la remise en cause, par le demandeur, du caractère constitutionnel des clauses de précompte syndical généralisé dans les conventions collectives d'établissements du secteur public. Selon ces clauses, étant donné que tous les employés représentés par un syndicat bénéficient de la convention collective, il leur est demandé

⁵ M. D. Shear and J. Hirschfeld Davis, *Trump Moves to End DACA and Calls on Congress to Act*, New York Times (Sept. 5, 2017) <https://www.nytimes.com/2017/09/05/us/politics/trump-daca-dreamers-immigration.html>.

⁶ Associated Press, *Advocacy Groups File Lawsuit Over DACA in Maryland*, New York Times (Oct. 5, 2017) <https://www.nytimes.com/aponline/2017/10/05/us/ap-us-immigration-lawsuit.html>.

⁷ D. Cassens Weiss, *Federal Judge in Chicago Blocks Trump Administration's Hold on Grants to Sanctuary Cities*, ABA Journal (Sept. 15, 2017) <http://www.abajournal.com/news/article/federal-judge-in-chicago-blocks-trump-administration-hold-on-grants-to-sanc>.

⁸ L. Mahoney, *California Freezes ICE Access to Workplaces*, 192 Daily Labor Report 8 (Oct. 5, 2017).

⁹ 851 F.3d 746 (7th Cir. 2017), *cert. granted*, 2017 U.S. LEXIS 4459 (2017).

¹⁰ 431 U.S. 209 (1977).

¹¹ 136 S.Ct. 1083 (2016).

¹² 808 F.3d 1013 (5th Cir. 2015), cert. granted, 137 S. Ct. 809 (2017). Cette affaire a été consolidée avec deux autres affaires soulevant les mêmes questions, *Epic Systems Corp. v. Lewis*, and *Ernst & Young LLP v. Morris*.

de payer leur « juste contribution » aux syndicats, même s'ils ne sont pas syndiqués. Dans *Janus*, les demandeurs ont fait valoir que la Cour Suprême devrait annuler sa jurisprudence datant de 40 ans dans *Abood v. Detroit Board of Education*¹⁰, qui confirmait le caractère constitutionnel du précompte syndical généralisé dans le secteur public. La Décision *Abood* indiquait que les clauses de précompte syndical généralisé ne violaient pas les droits d'association des employés non syndiqués en vertu du Premier Amendement, car il ne leur était demandé de payer que le montant des cotisations syndicales se rapportant à l'application de la convention collective. Lors de sa session 2015-2016, la Cour a entendu l'affaire *Friedrichs v. California Teachers Association*, qui soulevait les mêmes contestations vis-à-vis du précompte syndical généralisé dans le secteur public. Le décès du Juge Antonin Scalia, en février 2016, a eu un impact décisif sur la décision rendue dans *Friedrichs*, car tout le monde s'attendait à ce que Scalia participe à la majorité de cinq voix, nécessaire lors du vote pour annuler *Abood*.

Environ un mois après le décès de Scalia, les huit juges restants ont rendu une décision dans *Friedrichs* lors d'un vote à 4 voix contre 4¹¹, qui a laissé intacte la jurisprudence *Abood* de la Cour. Après la confirmation par le Sénat de la nomination du Juge Neil Gorsuch en avril 2017, la Cour Suprême est désormais au grand complet, ce qui suscite de vives inquiétudes car on craint que ce juge n'apporte la cinquième voix pour annuler la jurisprudence *Abood* dans l'affaire *Janus*.

Le 2 octobre 2017, la Cour Suprême a entendu la plaidoirie orale dans *NLRB v. Murphy Oil USA, Inc.*¹², concernant les accords d'arbitrage individuel obligatoire imposant aux employés d'abandonner le droit d'intenter des poursuites collectives contre l'employeur, que ce soit par voie judiciaire ou par arbitrage. Le *NLRB* avait jugé que ces accords violaient les droits des employés, en vertu de la *NLRA*, d'engager des actions concertées afin d'obtenir une aide et une protection judiciaire. Si le Département de la Justice des Etats-Unis a soutenu la décision du *NLRB* sous l'administration Obama, il a changé d'avis sous l'administration Trump et s'oppose désormais à la position du *NLRB* dans cette affaire, en avançant que ces renoncements de recours collectif sont conformes à

la jurisprudence de la Cour Suprême confirmant la validité des accords d'arbitrage obligatoire en vertu de la Loi fédérale sur l'arbitrage¹³.

La nouvelle administration Trump a poursuivi la mise en œuvre de son agenda politique consistant à réduire la réglementation en limitant le travail des agences fédérales créées pour protéger le bien-être public. Le Département de la santé et des services sociaux a restreint l'obligation fédérale pour les employeurs d'inclure une couverture contraception dans leurs plans d'assurance santé. En vertu des nouvelles règles, un employeur sera exempté de la fourniture de cette couverture d'assurance s'il s'oppose à couvrir des services de contraception sur la base de convictions religieuses ou morales sincères¹⁴. De plus, le Procureur général des États-Unis a demandé aux agences fédérales et aux procureurs d'adopter devant les tribunaux la position selon laquelle les employés, employeurs et organisations peuvent demander une exemption élargie des lois de non-discrimination, au motif d'objections religieuses¹⁵.

L'exécutif et le législatif du gouvernement fédéral étant actuellement contrôlées par le Parti républicain, l'administration Trump a nommé des conservateurs au sein des agences fédérales habilitées à appliquer le droit du travail. Au moment de l'investiture de Trump, deux postes étaient vacants au *National Labor Relations Board (NLRB)* -constitué de cinq membres. Le Sénat américain a confirmé les personnes nommées par Trump pour occuper ces postes, ce qui donne une majorité conservatrice au *NLRB*. Cependant, fin décembre 2017, le *NLRB* sera réduit à quatre membres, avec l'expiration du mandat de Philip Miscimarra, membre conservateur que Trump a nommé Président du *NLRB* peu après l'investiture présidentielle. Trump envisage au moins deux avocats situés plutôt du côté de la direction comme candidats potentiels pour occuper le siège qui sera laissé vacant par Miscimarra. Il est probable que la majorité conservatrice du *NLRB* cherche des opportunités de remettre en question les décisions prises par ce Conseil plus libéral sous l'administration Obama. Ces décisions comprennent celle de *Columbia University*¹⁶, qui a jugé que les assistants de l'enseignement et de la recherche des universités privées sont des employés en vertu du *National Labor Relations Act (NLRA)*¹⁷ et celle de *Browning Ferris Industries of California*¹⁸, qui élargissait la définition de co-employeurs en vertu du *NLRA* afin de mieux refléter le contexte économique des relations d'emploi actuelles, y compris le pourcentage croissant de travailleurs employés par l'intermédiaire d'agences de travail temporaire.

¹³ Voir Lawrence E. Dubé and Madison Alder, "Class Action Labor Disputes Get their Day in Court, 189 *Daily Labor Report* 4, Oct. 2, 2017. R. Pear, R. R. Ruiz and L. Goodstein, *Trump Administration Rolls Back Birth Control Mandate*, New York Times, Oct. 6, 2017.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ 364 NLRB No. 90 (2016).

¹⁶ 29 U.S.C. Sec. 151, et seq.

¹⁷ 362 NLRB No. 186 (2015).