

ÉTUDES

p. 1 Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer

La réforme espagnole de la négociation collective de 2011/2012

p. 11 Patricia Kurczyn Villalobos

Observations sur la législation mexicaine relative à l'égalité des genres au travail

p. 25 Yuichiro Mizumachi

Métamorphose du droit du travail : le fondement théorique et le cas japonais

p. 37 Sergio Gamonal Contreras

Le préjudice moral causé par la rupture du contrat de travail en droit chilien

p. 45 Carmen Grau Pineda

Gestion des flux migratoires en temps de crise : le système espagnol de quotas

p. 57 Paul Secunda

Réflexions sur les questions de souveraineté et de juridiction dans le Droit Mondial des prestations sociales

p. 71 Pascale Lorber

La protection des travailleurs en contrat à durée déterminée : l'utilisation délibérée de la directive européenne

p. 81 Jeseong Park

Le travail sous-traité en droit coréen : une double crise de la notion et de la réalité

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 93 Afrique du Sud

p. 95 Algérie

p. 97 Allemagne

p. 99 Argentine

p. 101 Australie

p. 103 Autriche

p. 105 Bulgarie

p. 107 Canada (Québec)

p. 109 Chili

p. 111 Colombie

p. 113 Conseil de l'Europe

p. 115 Côte d'Ivoire

p. 117 Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

p. 119 Espagne

p. 121 États-Unis

p. 123 France-Droit de la sécurité sociale

p. 125 France - Droit du travail

p. 127 Grèce

p. 129 Italie

p. 131 Luxembourg

p. 133 OIT

p. 135 Pologne

p. 137 République Tchèque

p. 139 Roumanie

p. 141 Royaume-Uni

p. 143 Serbie

p. 145 Thaïlande

p. 147 Turquie

p. 149 Union Européenne - Droit de la sécurité sociale

p. 151 Union Européenne - Droit du travail

PAUL M. SECUNDA

Professeur - Marquette University Law School

Thème de recherche : Employee benefits, Social security, Labor law, Employment law.

Parmi ses publications :

~ «The Forgotten Employee Benefit Crisis: Multiemployer Benefit Plans on the Brink », *Cornell journal of law and public policy*, Vol. 21, 2011, pp. 77-106.

~ « Sorry, No Remedy: Intersectionality and the Grand Irony of ERISA », *Hastings Law Journal*, Vol. 61, 2009, pp. 131-174.

RÉFLEXIONS SUR LES PROBLÈMES DE SOUVERAINETÉ ET DE JURIDICTION DANS LE DROIT MONDIAL DES PRESTATIONS SOCIALES : « LE PLUS LONG VOYAGE COMMENCE PAR UN PREMIER PAS »*

ABSTRACT

This article concerns the extraterritorial application of the U.S. Employee Retirement Insurance Act (ERISA) to U.S. employees in other countries. Additionally, this article examines ERISA coverage issues for foreign employees in the U.S., both legal and illegal and both working for foreign government and non-government employers. After surveying the tangled web of ERISA law in this context, the article proposes two statutory fixes and one new path for courts to take in applying employment benefits law in the immigration milieu.

KEY WORDS : ERISA, Employee benefits, Extraterritorial application, Foreign employees, Undocumented workers

RÉSUMÉ

Cet article porte sur l'application extraterritoriale de la loi américaine *Employee Retirement Insurance Act* (loi sur la Protection des Pensions de Retraite des Employés), dite « loi *ERISA* », aux employés américains travaillant à l'étranger. Cet article examine aussi les problèmes de couverture de la loi *ERISA* aux employés étrangers travaillant aux États-Unis, qu'ils soient en situation régulière ou non, qu'ils soient employés par des gouvernements étrangers ou par d'autres types d'employeurs. Après avoir étudié l'enchevêtrement des mesures légales mises en place par la loi *ERISA* dans ce contexte, cet article propose deux correctifs statutaires et une nouvelle voie que les tribunaux pourraient emprunter quant à l'application de cette loi de prestations sociales au bénéfice des employés dans le milieu de l'immigration.

MOTS CLÉS : ERISA, Prestations au bénéfice des employés, Application extraterritoriale, Employés étrangers, Employés en situation irrégulière.

* Cette analyse est une version raccourcie et mise à jour d'un article déjà publié in Paul M. Secunda, « The Longest Journey, with a First Step: Bringing Coherence to Sovereignty and Jurisdictional Issues in Global Employee Benefits Law », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 19, n°1. 2008, pp. 107-132 ; dont la version anglaise peut être téléchargée gratuitement depuis la base de ressources électroniques du réseau de recherche de sciences sociales : <http://ssrn.com/abstract=1133229>. L'auteur souhaite remercier pour leur excellent travail de traduction en français Anne-Carine Brec, Daphné Françoise, Anne Leudet, Estelle Roy, Mahéva Vado et Jean-Louis Duchet. Des remerciements particuliers sont adressés à Céline Lageot et à Jean-Philippe Lhernould pour leur initiative en faveur de cette traduction et publication en français.

Le droit mondial des prestations sociales au bénéfice des employés est un domaine d'études émergent qui manque désespérément de cohérence quant au seuil de couverture légale. Dans le contexte mondial, cette couverture consiste en un épais labyrinthe juridique de questions de souveraineté et de compétences juridictionnelles. Il n'existe actuellement aucun dispositif juridique international formalisé et les entreprises sont contraintes, de leur propre initiative, de jongler entre le droit américain et le ou les droits étrangers¹.

En l'état actuel, un régime unique de prestations sociales, à l'échelle mondiale, au bénéfice des employés n'est pas réaliste². Toutefois, il est possible d'en ébaucher certains contours et éléments en se demandant, d'une part, dans quelle mesure le droit américain des prestations sociales aux employés s'applique et en évaluant, d'autre part, la portée de la loi sur les prestations sociales pour les employés professionnels aux États-Unis, *Employee Retirement Income Security Act*, (littéralement, loi de protection des pensions de retraite des employés), dite *ERISA* de 1974³. La loi *ERISA* est une loi fédérale américaine détaillée qui réglemente le financement des plans de retraite et de couverture sociale assuré par l'employeur. Elle ne s'applique pas aux pensions de retraite financées par l'État ni aux plans d'épargne retraite individuels (*Individual Retirement Accounts (IRA)*). Bien que les employeurs ne soient pas contraints d'offrir des plans de retraite à leurs employés, une fois de tels plans adoptés, la loi *ERISA* fournit le cadre juridique applicable. Subdivisée en quatre chapitres, le premier se taille la part du lion des dispositions applicables aux prestations versées aux employés et le quatrième est largement

consacré au système d'assurance contre le risque de cessation de paiement pour certaines formes de fonds de pension. Le Chapitre 1er est lui-même composé de deux parties : le chapitre A qui formule des dispositions générales concernant l'objectif et les choix statutaires (§2), les définitions (§3), et les exemptions de couverture (§4), et le chapitre B qui contient les dispositions législatives proprement dites et se divise en 7 parties.

En ce qui concerne l'application extraterritoriale de la loi *ERISA*, « le Congrès a le pouvoir de faire appliquer ses lois au-delà des frontières territoriales des États-Unis. La question de savoir si le Congrès a en réalité exercé ce pouvoir dans ces cas est une question d'interprétation légale⁴ ». Bien que la loi *ERISA* n'ait pas de disposition explicite étendant sa couverture hors des frontières, elle a bien une formulation juridictionnelle large en son paragraphe *ERISA* §4(a)⁵, qui dispose en la matière que : « Ce titre s'appliquera à tout régime de prestations sociales pour les employés s'il est constitué ou géré (1) par tout employeur exerçant une activité commerciale ou dans toute industrie ou activité affectant le commerce⁶ ». Dans la plupart des cas, cette formulation a été interprétée de manière à démontrer que la loi *ERISA* ne s'applique pas aux questions de prestations sociales au bénéfice des employés qui sont soulevées en dehors des États-Unis. Mais, bien évidemment, ce n'est pas aussi simple que cela. Beaucoup de questions de couverture persistent, étant donné l'imprécision des dispositions de la loi *ERISA* lorsqu'il s'agit non seulement de ces questions d'application extraterritoriale, mais encore d'application de la loi *ERISA* à des employés étrangers aux États-Unis et à des entreprises étrangères qui opèrent dans une certaine mesure aux États-Unis.

¹ Jennifer L. Hagerman, « Navigating the Waters of International Employment Law: Dispute Avoidance Tactics for United States-Based Multinational Corporations », *Valparaiso University Law Review*, 2007, vol. 41, n°2, 2007, pp. 859-918, sp. pp 860-861.

² *Id.* p. 861.

³ 29 U.S.C. §§ 1001-1461. *ERISA* couvre le secteur privé, les fonds de pension et les régimes d'avantages sociaux. *Id.* au § 1003(a).

⁴ *E.E.O.C. v. Arabian American Oil Co. (ARAMCO)*, 499 U.S. 244, 248 (1991). La Cour Suprême des États-Unis a confirmé récemment cette position dans l'affaire *Morrison v. Nat'l Austl. Bank*, 130 S. Ct 2869, 2882-83 (2010) concluant que « *il n'existe aucune indication positive dans le [Securities] Exchange Act que le §10 (b) a une application extraterritoriale, [...] nous concluons donc que ce n'est pas le cas* ».

⁵ 29 U.S.C. § 1003(a).

⁶ Tout comme dans les autres livres et ouvrages concernant la loi *ERISA*, ce recueil de jurisprudence se réfère aux numéros de sections originaux tels qu'établis par *ERISA* dans le format « *ERISA*§ », plutôt qu'aux numéros de sections du Code des États-Unis.

supplémentaires de couverture de la loi *ERISA* impliquant le contexte mondial doivent être explorées : (1) les interrogations découlant de l'emploi de travailleurs étrangers en situation régulière aux États-Unis, (2) celles liées à l'immunité des gouvernements étrangers en tant qu'employeurs en application de la loi sur l'Immunité des Services Étrangers (*Foreign Service Immunity Act (FSIA)*)⁷, et (3) les questions soulevées par l'emploi de travailleurs étrangers en situation irrégulière.

Le présent article se présente en deux parties. La première explore l'application extraterritoriale de la loi *ERISA* aux employés américains et étrangers en dehors des États-Unis et expose la nature déroutante de ce cadre juridique en l'état actuel des choses (I). La première partie conclut en suggérant l'ajout d'un §4(b)(6) à *ERISA*, en vue de simplifier grandement cette partie du droit en suivant un modèle d'application extraterritoriale utilisé par le Titre VII de la loi sur les droits civiques de 1964 (*Civil Rights Act*)⁸ et d'autres lois américaines contre la discrimination en matière d'emploi. Puis, la seconde partie de l'article examine le sort critique des employés étrangers aux États-Unis, y compris les questions concernant l'exception prévue pour les régimes étrangers au titre du §4(b)(4) de *ERISA*, l'application de *FSIA* aux opérations américaines d'entreprises étrangères souveraines, et le statut des travailleurs étrangers en situation irrégulière se trouvant aux États-Unis en application de la loi *ERISA* (II). La deuxième partie conclut en suggérant, premièrement l'abandon de la jurisprudence *Hoffman Plastic v. NLRB*⁹ dans le contexte de la loi *ERISA* pour les travailleurs en situation irrégulière, et deuxièmement, l'insertion de dispositions claires au sein d'une prochaine réforme en matière d'immigration prévoyant que les travailleurs en situation régulière employés par des entreprises américaines se voient reconnaître, en application de la loi *ERISA*, les mêmes droits à prestations sociales que leurs homologues américains. L'ambition de cet article et des propositions qui y sont contenues est d'initier le début d'un travail permettant qu'un régime américain mondialement intégré de prestations sociales pour les employés devienne réalité dans les années à venir.

⁷ 28 U.S.C. § 1604.

⁸ 42 U.S.C. §§ 2000e-2000e-17 (2000).

⁹ 535 U.S. 137 (2002).

I – Les personnes recrutées aux États-Unis et travaillant à l'étranger

Afin d'évoquer l'application de loi *ERISA* à des événements se produisant en dehors des États-Unis, il est indispensable de commencer par l'une des rares jurisprudences en la matière, *Maurais c/ Snyder*, rendue par le juge Weiner de la Cour Fédérale du District de Philadelphie¹⁰ (A). L'interprétation jurisprudentielle du champ d'application extraterritorial des dispositions de la loi *ERISA* qui en découle mériterait nettement un traitement législatif de la question, par le biais d'un amendement par le Congrès, avant que celui-ci ne devienne un point litigieux entre les différents tribunaux (B).

A – *Maurais c/ Snyder*

Dans l'affaire *Maurais*, le Docteur Maurais, ressortissant canadien, avait intenté un procès en vue d'obtenir 75 750,00\$ pour des actes chirurgicaux et médicaux impayés qu'il avait effectués au Canada au bénéfice de Corey Snyder, ressortissant des États-Unis¹¹. Au moment des faits, M. Snyder était affilié à un régime d'assurance-santé de groupe souscrit par son employeur *Highway Marines Service* auprès de la *Guardian Life Insurance Company*¹². N'ayant pu obtenir compensation ni de la part de M. Snyder ni du régime d'assurance pour les actes chirurgicaux pratiqués, le Docteur Maurais entamait des poursuites contre M. Snyder auprès de la Cour fédérale pour contrat implicite, paiement à hauteur du service rendu, enrichissement sans cause, appropriation illicite et dommages et intérêts punitifs, et contre *Guardian Life Insurance Company* sur des motifs de contrat implicite et de déclaration inexacte par négligence¹³. En défense, *Guardian Life Insurance Company* requerrait l'inadmissibilité pour défaut de formulation de prétention du fait de sa conviction que la loi *ERISA* écartait les deux réclamations à son encontre

¹⁰ N°. C.A. 00-2133, 2000 WL 1368024 (E.D. Pa. Sept. 14, 2000) (per Weiner, J.).

¹¹ *Id.* au *1.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

fondées sur la base du droit des États fédérés¹⁴. Avant de rendre une décision concernant la défense par préemption fondée sur la loi *ERISA*, la Cour a établi qu'il fallait déterminer si *ERISA* s'appliquait à des faits survenus au Canada : « *Étant donné qu'un acte chirurgical a été pratiqué sur un ressortissant américain au Canada par un médecin canadien, il convient de déterminer si ERISA a une application extraterritoriale* »¹⁵. En l'absence de jurisprudence antérieure sur cette question, la Cour fédérale s'est inspirée d'une décision de la Cour Suprême relative à un sujet connexe¹⁶.

Dans l'affaire *E.E.O.C c/ Arabian American Oil Co. (ARAMCO)*¹⁷, la Cour Suprême a recherché si l'intention du Congrès était de faire en sorte que le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964¹⁸, qui interdit différentes sortes de discrimination en matière d'emploi à l'égard des groupes protégés, avait une application extraterritoriale¹⁹. La Cour Suprême a conclu que l'intention du Congrès n'était pas de permettre une application du Titre VII à l'étranger²⁰. À cet égard, la Cour précisait :

« Il est un principe de longue date en droit américain que les lois votées par le Congrès, sauf intention contraire explicite, sont destinées à s'appliquer uniquement dans les limites de la compétence territoriale des États-Unis. Ce modèle d'interprétation est une approche valide par laquelle l'intention inexprimée du Congrès peut être établie. Idem. Cela sert à éviter les conflits involontaires entre nos lois et celles d'autres pays, ce qui pourrait conduire à un conflit international.

¹⁴ *ERISA* §514 est une disposition de droit de préemption formulée de manière large, qui permet à *ERISA* de primer sur la plupart des lois des états fédérés qui « ont un lien » avec les régimes de prestations aux employés. *ERISA* §514(a). Les lois des états fédérés sont largement définies afin d'inclure « toutes lois, décisions, normes, réglementations ou autre action d'un état fédéré ayant l'effet d'une loi, dans tout état fédéré ». *Id.* §514(c)(1).

¹⁵ *Maurais*, 2000 WL 1368024, au *2.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ 499 U.S. 244 (1991).

¹⁸ 42 U.S.C. §§ 2000e-200e-17 (2000).

¹⁹ *ARAMCO*, 499 U.S. p. 247.

²⁰ *Id.* p. 259.

En appliquant cette règle d'interprétation, nous cherchons à savoir si la formulation du texte de loi en question indique que le but du Congrès a été d'étendre son champ d'application au-delà des territoires sur lesquels les États-Unis sont souverains ou exercent un certain contrôle législatif. Nous partons de l'idée que le Congrès légifère avec à l'esprit une présomption contre toute extraterritorialité de ses lois. Par conséquent, sauf en présence d'une intention positive du Congrès clairement exprimée, nous devons présumer que le Congrès se soucie essentiellement de conditions d'application de portée intérieure »²¹.

Ainsi, étant donné qu'aucune disposition d'*ERISA* ne permettait d'établir l'intention positive clairement exprimée du Congrès de légiférer de manière extraterritoriale, la Cour Suprême, dans l'affaire *Maurais*, a conclu qu'*ERISA* ne s'appliquait pas aux prétentions concernant les actes médicaux du Docteur Maurais au Canada²². Ainsi, la décision de l'arrêt *ARAMCO* défend l'assertion selon laquelle à défaut d'une intention positive clairement exprimée par le Congrès, les juges présumeront qu'une loi a pour visée première une application intérieure²³.

²¹ *ARAMCO*, 499 U.S. p. 248 (citations non mentionnées).

²² *Maurais*, 2000 WL 1368024, au *3. Récemment, la Cour dans l'affaire *Chong v. InFocus Corp.* N°. 08-500, 2008 WL 5205968, au *6 [D. Or. Oct. 24, 2008] en est venue exactement à la même conclusion que l'arrêt *Maurais*, qu'elle cite en l'approuvant : « *en l'absence d'une intention clairement exprimée par le Congrès de donner une application extraterritoriale à la loi ERISA, la Cour conclut que la protection fournie par la loi ERISA ne s'étend pas à Chong, ressortissant étranger travaillant hors du territoire des États-Unis* ». Voir aussi *Comrie v. IPSCO.* N°. 08-3060, 2008 WL 5220301, au *5 [10 décembre 2008] : « *Le Congrès est pleinement conscient (1) de son autorité pour légiférer extraterritorialement et (2) de la manière de manifester clairement son intention de légiférer extraterritorialement. Bien que la loi ERISA ait été promulguée à l'origine en 1974, le Congrès a eu largement le temps et l'occasion de la modifier de façon à ce qu'elle ait une application extraterritoriale, et pourtant jusqu'à présent il a refusé de le faire* ».

²³ Voir *Benz v. Compania Naviera Hidalgo, S.A.*, 353 U.S. 138, 147 (1957).

Bien que la loi *ERISA* contienne une déclaration de compétence juridictionnelle très large²⁴, la Cour Suprême dans l'affaire *Maurais* en arriva à cette même conclusion. Au titre de cette disposition, la société d'assurances *Guardian* a soutenu que la loi *ERISA* s'appliquait parce que, d'un point de vue technique, tous les éléments de la loi *ERISA* du 4^{ème} paragraphe (a) premier point étaient réunis : (1) il s'agit d'un régime de prestations sociales pour les employés ; (2) il a été constitué et géré aux États-Unis par l'employeur de M. Snyder ; (3) son employeur exerçait une activité commerciale ; et (4) il ne s'agit pas d'un régime de prestations sociales par ailleurs exempté de couverture par la loi *ERISA*²⁵.

Mais la Cour a rejeté cette argumentation strictement fondée sur le texte. Elle a estimé que le « libellé large de l'attribution de compétence » du §4(a)(1) de la loi *ERISA* ne va pas jusqu'à étendre à tous les pays du monde les protections prévues par la loi à l'égard des prestations accordées par un employeur américain²⁶. La Cour a fait observer qu'une argumentation similaire avancée sur ce même libellé large, relatif à l'attribution de compétence du Titre VII, a également été rejetée par la Cour Suprême dans l'arrêt *ARAMCO*²⁷. En outre, dans ce même arrêt, et de façon significative, la Cour Suprême se prononçait en faveur d'une « présomption contre une application extraterritoriale et qu'en l'absence d'une formulation expresse dans une loi écartant cette présomption, la loi ne

devrait pas être applicable dans un contexte international »²⁸.

En fait, l'une des affaires citées par la Cour Suprême dans l'arrêt *ARAMCO* était particulièrement révélatrice. Dans l'affaire *McCullough c/ Sociedad Nacional de Marineros de Honduras*²⁹, la Cour concluait que le *National Labor Relations Act (NLRA)*³⁰ ne s'appliquait pas à un citoyen américain ayant subi des blessures mortelles alors qu'il travaillait pour une compagnie ferroviaire américaine sur un site à une cinquantaine de kilomètres au nord de la frontière canadienne³¹. De la même façon, la loi *ERISA* ne s'applique pas dans l'affaire *Maurais*.

L'apport de l'affaire *Maurais* est que, en raison de la présomption défavorable à l'extraterritorialité et de l'absence d'une intention contraire expresse au sein de la loi *ERISA*, cette dernière ne s'applique pas en dehors du territoire américain. On peut néanmoins se demander, étant donné l'importance croissante du commerce international et la mondialisation de l'économie aux États-Unis, s'il n'y aurait pas un intérêt pressant et impérieux à l'exportation vers d'autres pays des normes relatives à la main-d'œuvre et à l'emploi en vigueur aux États-Unis, y compris des normes de la loi *ERISA*³².

B – Proposition en faveur d'un paragraphe additionnel : *ERISA* §4(b)(6)

Bien que le champ d'application extraterritorial de la loi *ERISA* puisse devenir un point de litige que les tribunaux seront amenés à résoudre à un moment donné, en adoptant une interprétation différente du champ

²⁴ U.S.C. § 1003(a)(1) [*ERISA* s'applique « pour tout régime de prestations sociales pour les employés si celui-ci a été constitué et géré par tout employeur exerçant une activité commerciale, une activité industrielle ou une activité ayant des implications commerciales »].

²⁵ L'exemption du champ d'application pour les régimes étrangers aux termes de la loi *ERISA* §4(b)(4) est analysée plus en détail ci-dessous. On pourrait raisonnablement avancer, en utilisant une conclusion inverse, que le Congrès avait prévu une application extraterritoriale de la loi *ERISA* dans certaines situations, notamment comme celle de *Maurais*, en se reposant sur le fait qu'il ne les exclut pas spécialement de la loi *ERISA* alors qu'il aurait pu le faire explicitement comme il l'a fait dans le §4(b)(4) de cette loi. Néanmoins, cette autre interprétation relative au champ d'application de la loi *ERISA* hors des États-Unis ne semble pas se conformer au principe d'*ARAMCO* fondée sur une « intention clairement exprimée par le Congrès en vue du contraire » et par conséquent la Cour Suprême dans l'affaire *Maurais* ne l'a pas adopté.

²⁶ *Maurais*, 2000 WL 1368024, au *3.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* au *3. La Cour Suprême des États-Unis a récemment confirmé la présomption contre une application extraterritoriale dans un contexte de valeurs mobilières. Voir *Morrison v. Nat'l Austl. Bank* 130 S. Ct. 2869, 2877-78 [2010].

²⁹ 372 U.S. 10 [1963].

³⁰ 29 U.S.C. §§ 151-169.

³¹ *McCullough v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras*, 372 U.S. 10, 19 [1963].

³² Cf. généralement Phillis R. Morgan et R. Bradley Mokros, "International Employment" in « International legal developments in review: 2000 business regulation », *International Law*, 2001, vol. 35, p. 351.

d'application actuel de la loi *ERISA*³³, il serait de loin préférable que le Congrès le fasse clairement en amendant la loi *ERISA*, comme il l'a déjà fait pour les autres lois sociales américaines en matière de discrimination. Ainsi, pour illustration, le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964³⁴, la loi interdisant les discriminations au travail fondées sur l'âge (*Age Discrimination in Employment Act*) de 1967 (*ADEA*)³⁵, et la loi sur les personnes handicapées de 1990 (*American Disabilities Act*) (*ADA*)³⁶, ont toutes été modifiées pour contenir désormais des dispositions permettant leur application en dehors du territoire dans des circonstances précises. La disposition du Titre VII est en particulier représentative quant à la « *(b) conformité avec une loi contraire au droit étranger. Il n'est pas illégal (...) pour un employeur (ou une société contrôlée par un employeur) (...) d'entreprendre une action judiciaire par ailleurs interdite (...), relative à un employé dont le lieu de travail est situé à l'étranger si la conformité avec l'article obligeait l'employeur (ou la société) (...) à enfreindre la loi du pays étranger dans lequel est situé le lieu de travail* ». Il en est de même quant au « *(c) Contrôle d'une société constituée dans un pays étranger. (1) Si un employeur contrôle une société dont le siège social est à l'étranger, toute pratique exercée par l'employeur et interdite eu égard aux articles 2000e-2 ou 2000e-3 du présent titre sera présumée être le fait dudit employeur. (2) Les articles 2000e-2 et 2000e-3 du présent titre ne s'appliquent pas aux opérations étrangères d'un employeur ressortissant étranger non contrôlé par un employeur américain. (3) Aux fins de la présente sous-section, pour déterminer si un employeur contrôle une société, il faut se baser sur (a) les interrelations entre les opérations; b) la direction commune; (c) le contrôle centralisé des rapports sociaux; et (d) la propriété*

commune ou le contrôle financier commun, exercés par l'employeur et la société »³⁷.

L'interprétation de cette formulation retenue par plusieurs tribunaux est que le champ d'application légal a été étendu aux américains travaillant à l'étranger pour des entreprises américaines ou leurs filiales³⁸. D'un autre côté, ces régimes légaux limitent également les lois sociales en matière de discrimination et n'étendent pas leurs bénéfices « aux ressortissants étrangers travaillant à l'étranger pour des sociétés américaines ou pour leurs filiales »³⁹. L'affaire *Hu c/ Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*⁴⁰ présente une application de ce principe aux termes de la loi *ADEA*. Dans cette affaire, un citoyen chinois vivant aux États-Unis déclarait être victime d'une discrimination fondée sur l'âge en raison de son absence de recrutement par un cabinet d'avocats pour un poste situé à l'étranger⁴¹. Se fondant sur les dispositions extraterritoriales de la loi *ADEA*⁴², la Cour concluait que le plaignant ne pouvait pas prétendre à la protection de cette loi⁴³.

Cette étude propose par conséquent qu'un §4(b) (6) soit ajouté aux dispositions relatives au champ d'application de la loi *ERISA* comme suit : « *(b) La disposition de ce titre ne s'applique à aucun régime de prestations sociales si (...) (6) ce régime est géré par un employeur (ou une société contrôlée par un employeur) pour un employé dont le lieu de travail est à l'étranger dans la mesure où le respect de cette disposition pousse l'employeur (ou la société) à enfreindre le droit du pays étranger où se situe le lieu de travail* ». Une telle disposition constituerait un élargissement du champ d'application légal de la loi *ERISA* aux américains

³³ Rompant avec la jurisprudence précédente, une autre interprétation du § 4(b)(4) de la loi *ERISA* sur les régimes d'exemption pour les étrangers pourrait être faite. Selon cette lecture, un régime d'avantages sociaux créé pour des employés de Toronto travaillant pour un employeur américain, dont la plupart sont des citoyens américains, serait soumis aux exigences d'*ERISA* en ce qui concerne les régimes de prestations sociales mis en place par les employeurs. Pour une discussion plus complète sur cette alternative, cf. d'une manière générale *infra* Partie II. A.

³⁴ 42 U.S.C. § 2000e-1(b), (c).

³⁵ 29 U.S.C. § 623(f)(1), (h).

³⁶ 42 U.S.C. § 12112(c).

³⁷ 42 U.S.C. § 2000e-1(b), (c).

³⁸ *Helm c/ South African Airways*, N° 84-5404, 1987 WL 13195, au *7 (S.D.N.Y.1987) (dans le contexte de *ADEA*).

³⁹ *Iskandar c/ American Univ. of Beirut*, N° 98-6616, 1999 WL 595651, au *2 (S.D.N.Y.1999) (dans le contexte de la loi *ADEA*).

⁴⁰ 76 F. Supp. 2d 476 (S.D.N.Y. 1999).

⁴¹ *Ibid.* 476-477.

⁴² 29 U.S.C. § 623(f)(1), (h).

⁴³ *Hu*, 76 F. Supp. 2D, 478 ; voir également *Iwata c/ Stryker Corp.*, 59 F. Supp. 2d 600 (N.D. Tex. 1999) : en l'espèce, un ancien employé non citoyen américain, ayant travaillé et rempli ses fonctions au Japon, alors qu'il était employé par une filiale japonaise d'une société américaine, ne devait pas être couvert par le Titre VII ou la loi *ADEA*.

employés à l'étranger par des sociétés américaines ou leurs filiales – tant qu'elle n'enfreint pas le droit étranger – sans pour autant s'étendre aux ressortissants étrangers travaillant à l'étranger pour des sociétés américaines ou leurs filiales. L'avantage supplémentaire de cet amendement repose sur le fait qu'il permet de faire dépendre son interprétation ultérieure d'une jurisprudence existante basée sur d'autres régimes légaux comportant des dispositions semblables.

II – Les employés étrangers travaillant aux États-Unis

À dire vrai, la question des employés étrangers aux États-Unis ne pose même pas de problèmes d'extraterritorialité. Cela tient au fait qu'une application extraterritoriale d'une loi s'applique aux comportements au-delà des frontières des États-Unis. Par conséquent, on pourrait même soutenir que la présomption défavorable à l'extraterritorialité ne s'applique pas dans ce contexte⁴⁴. Il y a cependant trois questions qui méritent attention ici : l'application de la loi *ERISA* aux employés étrangers et aux entreprises légalement implantées aux États-Unis (A) ; l'application du *Foreign Surveillance Immunity Act (FSIA)*, 28 U.S.C. § 1604, aux employeurs étrangers souverains (B) ; et l'application de la loi *ERISA* aux travailleurs en situation irrégulière aux États-Unis (C).

A. – Employés et employeurs étrangers en situation régulière aux États-Unis

Que se passe-t-il lorsqu'une entreprise étrangère affecte l'un de ses employés étrangers aux États-Unis et lui garantit certains avantages sociaux liés à son statut ? Bien que le Titre VII, la loi *ADEA* et la loi *ADA* aient été interprétés comme s'appliquant aux employeurs étrangers exerçant une activité aux États-Unis indépendamment de la nationalité du demandeur, l'exception prévue pour les régimes étrangers au paragraphe 4(b)(4) de la loi *ERISA* est moins évidente. Le paragraphe 4(b)(4) de la loi *ERISA* prévoit que « les dispositions de ce titre ne s'appliquent pas à un régime de

prestations aux employés si (...) (4) ce régime est géré en dehors des États-Unis fondamentalement au bénéfice de personnes parmi lesquelles la quasi-totalité est constituée d'étrangers non-résidents »⁴⁵. Il s'agit de la seule disposition spécifique figurant dans la loi *ERISA* traitant des régimes de prestations au bénéfice des employés gérés en dehors des États-Unis et, aux termes de laquelle deux éléments doivent être réunis : (1) le régime de prestations des employés doit être fondamentalement au bénéfice de personnes parmi lesquelles la quasi-totalité est constituée d'étrangers non-résidents ; et (2) le régime doit être géré en dehors des États-Unis. La majeure partie du contentieux, du reste peu important, a porté sur la question de savoir si le régime en question est géré aux États-Unis ou à l'étranger.

Dans le cas d'un régime géré à l'étranger, il convient de noter la manière dont le tribunal a analysé l'exception concernant le régime étranger dans l'affaire *Molyneux c. Arthur Guinness and Sons, P.L.C.*⁴⁶ : « Il n'est pas contesté qu'Arthur Guinness and Sons (AGS) est sise en Grande-Bretagne, non aux États-Unis. Bien qu'il ne soit pas contesté que Molyneux réside à New York, il apparaît qu'il s'agit d'un citoyen britannique. Il n'est suggéré nulle part dans la demande ni dans les longues déclarations à la barre que le « régime » d'indemnités de départ, s'il existe, concerne ne serait-ce qu'un seul citoyen américain employé aux États-Unis, ou qu'une indemnité de départ a été versée par AGS à un étranger aux États-Unis. La loi *ERISA* exclut explicitement de son application tout régime de prestations au bénéfice des employés si "ce régime est géré en dehors des États-Unis fondamentalement au bénéfice de personnes dont la quasi-totalité est constituée d'étrangers non-résidents" [Paragraphe 4(b)(4) de la loi *ERISA*]. Ainsi, la loi *ERISA* ne s'applique pas aux faits avancés ». Mais, en note de bas de page, le tribunal statuant dans l'affaire *Molyneux* a été plus loin en observant que : « Même s'il était possible d'interpréter la formulation explicite du [paragraphe 4(b)(4) de la loi *ERISA*] pour permettre des procès comme celui-ci, il n'est pas évident que les objectifs de la loi *ERISA* puissent être étendus aux litiges entre citoyens britanniques et employeurs britanniques. Les annales législatives opèrent des références fréquentes aux travailleurs et travailleuses

⁴⁴ Par exemple, certains de ces arrêts ne traitent même pas de la « présomption d'*ARAMCO* » contre l'extraterritorialité.

⁴⁵ 29 U.S.C. § 1003(b)(4).

⁴⁶ 616 F. Supp. 240, 244 (S.D.N.Y. 1985).

américains et à certains aspects du système de sécurité sociale. (...) Il est également noté que la loi ERISA n'était pas destinée à couvrir "les régimes établis ou gérés en dehors des États-Unis en faveur de citoyens non ressortissants des États-Unis"...»⁴⁷. Ainsi, le corollaire est que les employés étrangers travaillant aux États-Unis relèvent généralement de la loi ERISA si le régime est géré aux États-Unis.

D'autre part, il faut se souvenir à quel point il a été difficile pour le tribunal, dans l'affaire *Lasheen v. Loomis Co.*⁴⁸, de déterminer le lieu de gestion du régime. Dans cette affaire, la succession de Mohammed Lasheen poursuivait *The Loomis Company*, société de versement de prestations implantée aux États-Unis, pour manquement à ses obligations fiduciaires et manquement à ses obligations contractuelles aux termes de la loi ERISA pour des prestations de santé dues aux termes d'un régime de prestations médicales établi par l'ambassade d'Égypte aux États-Unis⁴⁹. M. Loomis avait été embauché par l'ambassade d'Égypte pour assurer la gestion d'un régime de prestations pour les étudiants et les enseignants en séjour temporaire aux États-Unis⁵⁰. Ce qui importe ici, c'est que le régime prévoyait que, pour en être bénéficiaire, l'employé ne pouvait « avoir obtenu ni demandé de naturalisation ou de statut de résident permanent aux États-Unis, à Porto Rico ou au Canada, ni tout autre changement de statut [en termes d'immigration] aux États-Unis comme titulaire d'un visa de type 'F' ou 'J' »⁵¹. La question posée au tribunal était de

savoir s'il s'agissait d'un « régime étranger » ne relevant pas de la loi ERISA⁵². Étant donné que le régime précisait noir sur blanc la condition de ne pas avoir demandé de changement dans le statut d'immigrant pour être éligible, le tribunal a aisément pu conclure que le régime prévoyait exclusivement des prestations pour les étrangers non-résidents⁵³. Ainsi, le régime remplissait la première condition de l'exemption figurant au paragraphe 4(b)(4) : il était « principalement en faveur de personnes dont la quasi-totalité est constituée d'étrangers non-résidents »⁵⁴. La question la plus délicate à résoudre était de savoir si ce régime répondait à la seconde condition de l'exception prévue pour les régimes étrangers, qui est de devoir être « géré en dehors des États-Unis ». Comme c'est fréquemment le cas dans de nombreux champs du droit international des prestations sociales au bénéfice des employés – domaine actuellement en pleine expansion – aucune jurisprudence n'a pu être trouvée sur ce point et, le tribunal a, par conséquent, traité cette question sans qu'il existe aucun précédent⁵⁵. Le tribunal s'est en partie appuyé sur un certain nombre de lettres d'opinion de l'*Office of Pension and Welfare Benefit Programs* (OPWBP, Bureau des Programmes de Retraite et de Prestations Sociales) et de la *Pension Benefit Guaranty Corporation* (PBGC, Société de Garantie des Prestations de Retraite)⁵⁶.

De ces lettres d'opinion de l'OPWBP et de la PBGC, le tribunal a tiré six facteurs à prendre en compte pour déterminer si un régime de prestations au bénéfice des employés est géré aux États-Unis :

(1) Tous les registres du régime concernant l'acquisition et le cumul des droits et autres conditions nécessaires pour déterminer et verser les prestations du régime sont

⁴⁷ *Id.* au 244 n.7 (citations omises) ; voir également *Pitstick v. Potash Corp. of Saskatchewan Sales, Ltd.*, 698 F. Supp. 131 (S.D. Ohio 1988) : en l'espèce une société canadienne exerçant principalement aux États-Unis avait établi un régime d'indemnités de licenciement régi par le droit canadien et gérait le régime au Canada principalement en faveur de salariés canadiens mais l'appliquait également aux salariés de la société aux États-Unis, dont la majorité n'était constituée ni de citoyens ni de résidents des États-Unis. Le tribunal a jugé que dans cette affaire le régime d'indemnités de licenciement relevait de l'exemption du paragraphe 4(b)(4) de la loi ERISA.

⁴⁸ N°. Cic. 01-227, 2006 WL 618289 (E.D. Cal. Mar. 9, 2006)

⁴⁹ *Id.* à *1. La demande de la succession de M. Lasheen de prestations dans le cadre d'un traitement du cancer du foie avait été soit refusée soit ignorée. La succession prétendait que le refus des prestations avait entraîné son décès. *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.* au *3.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.* D'autres arrêts ont également permis de conclure que les régimes sont principalement en faveur d'étrangers non-résidents. Voir, par ex., *In re Lefkowitz*, 767 F. Supp. 501, 505 (S.D.N.Y. 1991), *déclaration à la barre*, 996 F.2d 600 (2ème Cir. 1993) concluant que l'exemption du paragraphe 4(b)(4) de la loi ERISA ne s'appliquait pas aux régimes de retraite des salariés adoptés par des sociétés étrangères dans le cas où le salarié était citoyen des États-Unis.

⁵⁵ *Lasheen*, 2006 WL 618289, au *4 « Ni les parties ni le tribunal n'ont trouvé d'arrêts qui interprètent ce que signifie être "géré en dehors des États-Unis" ».

⁵⁶ *Id.*

gérés en dehors des États-Unis.

(2) Les lieux de travail des employés étaient situés [*sic*] en dehors des États-Unis (...).

(3) Le régime est administré par une société située en dehors des États-Unis.

(4) Toutes les activités de ces sociétés sont situées en dehors des États-Unis.

(5) Le trust est mis en place en dehors des États-Unis.

(6) Les actifs du régime sont détenus en dehors des États-Unis⁵⁷.

La première partie de l'analyse du tribunal qui a utilisé ces facteurs a porté sur la question de savoir si le bien diplomatique, sous la forme de l'ambassade d'Égypte, pouvait être considéré comme un bien immobilier situé en dehors des États-Unis⁵⁸. Bien que, en première analyse, le tribunal ait conclu que ce pouvait être le cas⁵⁹, il a également établi que ce facteur et les autres facteurs n'étaient pas déterminants dans la question de l'exemption de la loi *ERISA*⁶⁰. Le tribunal a plutôt retenu deux nouveaux facteurs pour statuer : les dispositions du régime lui-même concernant l'application de la loi *ERISA* et le lieu de réalisation de la majorité des activités du régime⁶¹.

Sur le premier point, « *le régime se déclare sans ambiguïté comme relevant de la loi ERISA. Il y a, pour le moins, quelque intérêt à prendre le régime au mot* »⁶². Sur le second point, relatif à la détermination du lieu où les activités du régime se déroulent, le tribunal a observé que « *Loomis réalisait la plupart de la gestion du régime* », que « *Loomis se déclarait lui-même administrateur du régime dans un courrier adressé à l'avocat du demandeur en date du 3 novembre 2000* » et que « *le BSMA [Contrat de Gestion des Prestations] prévoit que les dispositions du régime seront mises en œuvre conformément à la législation de l'État de Pennsylvanie* »⁶³. Par conséquent, le tribunal en a conclu que la majorité des activités du régime avait bien lieu aux États-Unis.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.* aux *4-*6

⁵⁹ *Id.* à *6.

⁶⁰ *Id.* à *7 [« La tentative d'appliquer les critères dérivés des lettres d'opinion aux preuves produites n'entraîne pas de résultat certain »].

⁶¹ *Id.* à *8.

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*

B - Questions relatives à la loi sur l'immunité des services étrangers (*FSIA*)

Une autre question difficile se pose concernant le champ d'application de la loi *ERISA*, pour les employés étrangers comme nationaux aux États-Unis, lorsque l'employeur est l'agent d'un gouvernement étranger. Selon le *Foreign Service Immunity Act (FSIA)*⁶⁴, « *les États étrangers sont présumés être hors du ressort des juridictions américaines à moins que l'une des exemptions à l'immunité prévues par la loi ne s'applique* »⁶⁵. La loi *FSIA* n'était pas pertinente dans la décision initiale de l'affaire *Lasheen c/ Loomis Co.* car la question portait sur l'interprétation des lois, et non sur l'immunité. Par la suite la question de l'immunité des étrangers est devenue plus importante après que *Lasheen* et *Loomis* ont cherché à être remboursés des frais des prestations auprès du gouvernement égyptien conformément à leur accord transactionnel. Dans l'affaire *Lasheen c/ Loomis Co. (Lasheen II)*⁶⁶, le tribunal a justifié l'application de la loi *FSIA* aux faits de cette affaire comme suit :

« *La loi FSIA exclut toute poursuite contre un pays étranger et souverain sous réserve de certaines exceptions. De ce fait, elle "fournit la seule base pour obtenir autorité sur un État étranger devant les tribunaux de ce pays". Les juridictions procèdent selon la présomption que les actions des pays étrangers et de leurs organes relèvent des protections de la loi FSIA à moins que l'une de ses exceptions ne s'applique.*

Le contrat entre Loomis et les défendeurs égyptiens comporte une disposition qui constitue une renonciation par implication. Plus particulièrement, l'accord stipule qu'il "doit être appliqué selon les lois de l'État de Pennsylvanie". Selon Joseph, cette formulation implique la renonciation au bénéfice de l'immunité.

Deuxièmement, selon l'exception d'"activité commerciale" prévue par la FSIA, les pays étrangers

⁶⁴ 28 U.S.C. § 1604

⁶⁵ *Gates c/ Victor Fine Foods*, 54 F. 3d 1457, 1459 [9^e Cour de circuit 1995].

⁶⁶ N° CIV. S-01-227, 2008 WL 295079, à *1 [E.D. Cal. Feb. 1, 2008].

n'ont pas droit à l'immunité lorsque l'action est fondée sur une activité commerciale exercée aux États-Unis par l'État étranger " 28 U.S.C. § 1605(a)(2).

Le contrat entre Loomis et les défendeurs égyptiens recouvre le type d'activité que des particuliers pourraient aussi entreprendre. Le contrat établit que Loomis doit fournir des "services administratifs" relatifs au régime de prestations sociales de santé des défendeurs égyptiens. Les entreprises privées prévoient souvent des dispositions similaires; mettre en place de telles mesures ne nécessite pas l'exercice du pouvoir d'une nation souveraine. Le tribunal constate par conséquent que le contrat entre Loomis et les défendeurs égyptiens tombe sous le coup de l'exemption d'"activité commerciale" de la loi FSIA»⁶⁷.

Sur la base de cet avis, on peut présumer que Lasheen et Loomis auront la possibilité d'obtenir réparation auprès des défendeurs égyptiens. Cependant, cette décision signifie-t-elle qu'à l'avenir toutes administrations et opérations de régimes de prestations au bénéfice des employés tomberont sous le coup de l'exception d'« activité commerciale » de la loi FSIA? Par exemple, dans l'affaire *Murkaddam c/ Permanent Mission of Saudi Arabia to the United Nations*⁶⁸, le tribunal a estimé que les tâches d'un employé administratif de l'Arabie saoudite aux Nations Unies entraînent dans le champ d'application de l'exception d'activité commerciale de la loi FSIA⁶⁹. D'autre part, dans l'affaire *Gates c/ Victor Fine Foods*⁷⁰, la Cour d'appel du neuvième circuit a initialement considéré qu'une entreprise canadienne était, selon la loi FSIA, un sujet souverain étranger doté de l'immunité⁷¹. Par conséquent, à moins que ne s'appliquât l'une des

exceptions prévues par la loi FSIA, la responsabilité de l'entreprise souveraine canadienne ne pouvait pas être engagée vis à vis des employés de sa filiale américaine pour défaut de communication de la possibilité de prorogation de l'assurance maladie, telle que le prévoit la loi COBRA de 1985 (*Consolidated Omnibus for Budget Reconciliation Act*)⁷², et pour atteinte aux droits à prestation prévus par l'application de la loi ERISA §510⁷³. Pour ce qui est de l'application d'une exception à la loi FSIA, le tribunal jugeant l'affaire *Gates* a estimé que l'activité en question ne tombait pas sous le coup de l'exception d'« activité commerciale » de la loi FSIA du fait que l'entreprise souveraine canadienne n'était pas impliquée dans les opérations de sa filiale américaine, y compris dans ses décisions de mettre fin aux régimes de prestations au bénéfice de ses employés⁷⁴.

C - Les travailleurs en situation irrégulière

Le problème croissant de l'immigration illégale aux États-Unis et le nombre croissant de travailleurs sans papiers recrutés par des employeurs américains soulèvent d'importantes questions dans le cadre des prestations au bénéfice des employés. Contrairement au droit américain du travail, marqué par une décision cruciale sur le droit des travailleurs en situation irrégulière à des arriérés de salaire en cas de violation du *National Labor Relations Act (NLRA)*⁷⁵, le droit américain des prestations sociales quant à lui reste muet⁷⁶.

⁷² 29 U.S.C. §§ 1161-1168.

⁷³ *Id.* au § 1140.

⁷⁴ *Gates*, 54 F.3d 1465.

⁷⁵ *Hoffman Plastic Compound c/ NLRB*, 535 U.S. 137 (2002) statuant que les employés en situation irrégulière n'ont pas accès aux recours pour arriérés de salaires, dans le cadre de discrimination syndicale, selon le NLRA.

⁷⁶ Cela n'est peut-être pas surprenant, puisque le marché du travail pour les employés en situation irrégulière est largement illicite, et ces employés paraissent apporter plus d'importance à un salaire pour vivre plutôt qu'à une assurance santé, des plans de retraite ou d'autres avantages sociaux. *Patel c/ Quality Inn South*, 846 F. 2d 700, 704 (11^e Circuit 1988) (« Nous doutons [...] que beaucoup d'étrangers en situation irrégulière viennent dans ce pays pour obtenir la protection de nos lois relatives au travail. Il s'agit plutôt de l'espoir de trouver un emploi - à n'importe quel salaire - qui pousse la plupart des étrangers en situation irrégulière à franchir nos frontières »).

⁶⁷ *Id.* aux *2-*4 (citations omises).

⁶⁸ 111 F. Supp. 2d 457 (S.D.N.Y. 2000).

⁶⁹ *Id.* 458.

⁷⁰ 54 F. 3d 1457 (9^e Circuit. 1995).

⁷¹ *Id.* à 1462-63 (« Nous statuons que *Alberta Pork* est selon la loi une agence ou un organe qui bénéficie ainsi de l'immunité vis-à-vis des tribunaux à moins que l'une des exceptions de la loi ne s'applique »). Voir aussi *Hijazi v. Permanent Mission of Saudi Arabia to United Nations*, 689 F. Supp. 2d 669, 674-75 (S.D.N.Y. 2010), dans une affaire de discrimination de genre, concluant que l'exception à la FSIA concernant une activité commerciale ne s'appliquait pas parce que l'employé concerné exerçait des activités dans l'administration gouvernementale.

Cependant, la question demeure : les travailleurs sans papiers sont-ils susceptibles de bénéficier des prestations destinées aux employés, ou en mesure d'engager des poursuites en vue d'obtenir lesdites prestations selon les termes de la loi *ERISA*, découlant des régimes de couverture de la loi *ERISA* en vigueur aux États-Unis ? Il va s'en dire que l'application de la loi *ERISA* aux travailleurs sans papiers est d'une importance cruciale puisque c'est autant leur capacité à bénéficier d'une assurance maladie à un taux accessible que leur capacité à épargner en vue de leur retraite qui est en jeu. Bien qu'il ne semble pas y avoir de réponse claire à cette question, l'avis du tribunal dans l'affaire *Hoffman Plastic* sur la loi *NLRA* pourrait apporter quelques indices importants. Cela est dû au fait que cette décision n'a pas été fondée simplement sur la formulation de la loi *NLRA*, mais aussi sur la politique fédérale d'immigration en général, comme le prévoit le *Immigration Reform and Control Act* de 1986 (la loi sur la réforme et le contrôle de l'immigration – *IRCA*)⁷⁷. La loi *IRCA* interdit l'embauche des travailleurs en situation irrégulière aux États-Unis⁷⁸, et prévoit l'application de ses dispositions par l'intermédiaire d'un système étendu de contrôle relatif à l'emploi qui oblige les employeurs à vérifier l'identité et l'éligibilité de tous les nouveaux employés, par l'examen de certains documents, avant qu'ils ne soient autorisés à commencer à travailler⁷⁹. Les employeurs qui portent atteinte à la loi *IRCA* peuvent faire l'objet à la fois de sanctions civiles et de poursuites pénales⁸⁰. Comme le tribunal l'a fait observer dans l'affaire *Hoffman Plastic*, « sous le régime prévu par la loi *IRCA*, il est impossible pour un étranger sans papiers d'obtenir un emploi aux États-Unis sans qu'une partie n'enfreigne directement l'une des politiques explicites du Congrès »⁸¹.

Cependant selon la loi *ERISA* les tribunaux, contrairement au *National Labor Relations Board* (Conseil

national des relations de travail – *NLRB*)⁸², ne possèdent pas de pouvoir discrétionnaire en matière de dommages. Néanmoins, il existe un argument, reprenant le raisonnement majoritaire de l'arrêt *Hoffman Plastic*, qui prévoit que l'attribution à des travailleurs sans papiers de prestations destinées aux salariés « irait à l'encontre des politiques qui sous-tendent la loi *IRCA* »⁸³. Selon la Cour Suprême, accorder ces prestations à ceux qui séjournent illégalement aux États-Unis « encouragerait la possibilité de se soustraire au contrôle des autorités de l'immigration, cautionnerait des violations antérieures des lois sur l'immigration, et encouragerait de futures violations »⁸⁴. Ainsi, dans le cas où la solution retenue dans l'affaire *Hoffman Plastic* serait considérée comme devant s'appliquer dans le cadre de la loi *ERISA*, il est probable qu'un travailleur sans papiers ne pourrait pas bénéficier des prestations, ni engager des poursuites en vue d'obtenir les prestations prévues par la loi *ERISA*.

De plus, étant donné que l'arrêt *Hoffman Plastic* a fait l'objet d'une décision serrée (5 votes contre 4), il existe toujours une voie exploitable qui permettrait aux tribunaux de décider d'adopter le raisonnement minoritaire du juge Breyer dans l'arrêt *Hoffman Plastic* dans le cadre de l'application de la loi *ERISA*. Un tribunal qui suivrait cette analyse constaterait que la loi *ERISA* s'applique certainement aux travailleurs en situation irrégulière et constaterait par la suite qu'aucune disposition de la loi *IRCA* n'indique que les travailleurs en situation irrégulière ne puissent conserver leurs prestations : la formulation de la loi *IRCA* elle-même n'indique pas explicitement dans quelle mesure une violation affectera l'application d'autres lois, telles que celles du travail. Que se passera-t-il, par exemple, quand un employeur recrutera, ou qu'un étranger travaillera, en violation de ces dispositions ? L'étranger devra-t-il renoncer à son salaire ? L'employeur

⁷⁷ Pub. L. N° 99-603, 100 Stat. 3359 [codifié tel que modifié dans les diverses sections du 8 U.S.C.].

⁷⁸ 8 U.S.C. §1324a.

⁷⁹ *Id.* au §1324a(b). Il s'agit de l'habituel formulaire I-9 de vérification d'emploi que les employeurs doivent remplir pour leurs employés au moment du recrutement de ceux-ci.

⁸⁰ *Id.* aux §§ 1324a(e)(4)(A), (f)(1).

⁸¹ *Hoffman Plastic*, 535 U.S. au 148.

⁸² Cf. 29 U.S.C. § 160(c). Voir également *NLRB c/ Gissel Packing Co.*, 395 U.S. 575, 612, n.32 (1969) [précise que le Conseil national « s'appuie sur la connaissance et l'expertise qui lui sont propres, et par conséquent son choix doit être respecté par les tribunaux examinant le recours ».

⁸³ *Hoffman Plastic*, 535 U.S. au 149.

⁸⁴ *Id.* au 151. Voir également *Sure-Tan, Inc. c/ NLRB*, 467 U.S. 883, 903 (1984) : « les employés doivent être considérés comme "indisponibles" pour travailler (il y a donc un accroissement des arriérés de salaires payés) pendant toute la période durant laquelle ils n'étaient pas légalement autorisés à être présents et employés aux États-Unis ».

pourra-t-il ignorer le droit du travail⁸⁵ ? Il est de ce fait probablement souhaitable qu'à l'avenir un tribunal décide que la loi *IRCA* n'impose nullement au travailleur en situation irrégulière de renoncer aux prestations de santé ou à la pension de retraite dans la mesure où la position contraire peut constituer indirectement une incitation à l'embauche de travailleurs en situation irrégulière ; ce qui serait contraire aux objectifs de la loi *IRCA*. Mais face à cette question, un tribunal pourrait également estimer, à première vue, que les recours prévus par les lois *NRLA* et *ERISA* sont suffisamment différents pour que l'analyse qui ressort de l'affaire *Hoffman Plastic* n'ait nullement à s'appliquer. Selon ce raisonnement, un tribunal pourrait décider que les recours pour rappel de salaire ne sont pas autorisés par le régime d'application au civil de la loi *ERISA*⁸⁶. Au titre de cette loi, on accorde moins d'importance à l'indemnisation particulière des victimes. Cette orientation légale pourrait vouloir dire que les tribunaux seraient plus enclins à se concentrer sur la capacité des travailleurs en situation irrégulière à remplir les objectifs de la loi *ERISA* qui consistent, pour les employés, à signaler à l'autorité gouvernementale compétente tout comportement illégal au regard du droit des fiducies ou au droit du travail⁸⁷.

Beaucoup d'incertitudes planent sur ce qu'il adviendra plus tard de cet aspect de la loi *ERISA*, mais ce qui peut être avancé avec une certitude presque absolue c'est que, indépendamment de l'éligibilité ou de l'inéligibilité des

travailleurs en situation irrégulière à recevoir des prestations destinées aux employés, ces travailleurs migrants continueront à venir travailler aux États-Unis⁸⁸ et les employeurs continueront à les recruter⁸⁹. Cela ne veut pas dire, cependant, que le Congrès doit abandonner l'idée de voter une réforme d'ensemble sur l'immigration. Par exemple, selon une certaine proposition de loi, notamment la loi d'immigration régulée pour une Amérique sécuritaire [*Secure America and Orderly Immigration Act*] de 2005⁹⁰ : « Aucun étranger non-immigré [travailleur temporaire ou invité] (...) ne se verra refuser l'accès à un droit à indemnisation dû en application d'une législation du travail ou de l'emploi – à l'échelle locale, de l'État fédéré ou à l'échelle fédérale – applicable à un travailleur américain, employé à un poste semblable chez le même employeur, du fait de son statut de travailleur étranger non-immigré »⁹¹.

Si de telles dispositions étaient amenées à acquérir force de loi, il semblerait que, les travailleurs étrangers (temporaires ou invités) reconnus, seraient au moins couverts par la loi *ERISA* dans les mêmes conditions que les citoyens américains. Par ailleurs, à partir du moment où des travailleurs étrangers rentrent aux États-Unis, notamment au sein d'un programme cautionné par le Gouvernement – et même si ce n'est peut-être pas le cas

⁸⁵ *Hoffman Plastic*, 535 U.S. p 154-55 (Breyer, J., avis minoritaire).

⁸⁶ Voir *Mertens c/ Hewitt Assocs.*, 508 U.S. 248 [1993] : la formulation « aide appropriée et équitable » au §502(a)(3) est interprétée comme regroupant les injonctions, *mandamus*, ou restitution, mais ne comprend pas les réparations monétaires comme les dommages et intérêts compensatoires ou punitifs. Cependant, l'affaire récente *Cigna Corp. v. Amara*, 131 S. Ct. 1866 [2011], laisse penser que des dommages et intérêts assimilables à des arriérés de salaire sont maintenant accessibles, en se fondant sur l'article 502(a)(3) qui autorise classiquement des dommages et intérêts en équité fondés sur la préclusion en équité, etc...

⁸⁷ Cf. Colleen E. Medill, *Introduction to employee benefits law: policy and practice* 62 (2nd ed. 2007), décrivant le double objectif de la politique de la loi *ERISA* en ce qui concerne le signalement et la divulgation des exigences comme « fournissant suffisamment d'information aux participants pour qu'ils puissent gérer eux-mêmes l'administration des régimes de prestations de leurs employés et prévenir tout comportement illégal d'une fiducie ».

⁸⁸ *Hoffman Plastic*, 353 U.S. 155 (Breyer, J. avis minoritaire), prenant en compte l'« attraction de l'emploi, qui tel un "aimant", entraîne les immigrés en situation irrégulière vers les États-Unis » (citation de H. R. Rep. N° 99-682, pt. 1, p. 45 [1986], *U.S. Code Cong. & Admin. News* 1986, p. 5649).

⁸⁹ *Id.* En effet, l'absence de rappel de salaire « augmente la motivation de l'employeur pour trouver et recruter des travailleurs étrangers en situation irrégulière » selon les propos de Patricia Fernandez Kelly qui souligne cette attirance des employeurs pour les immigrés : « Beaucoup d'entre eux ne sont pas citoyens. De ce fait, les immigrés évaluent les conditions de travail, le salaire et le niveau de vie comparativement à ceux de leur pays d'origine, et non pas par rapport à ceux du pays de destination. Par conséquent, les immigrés ont tendance à être moins exigeants et plus conciliants que les citoyens américains natifs ». Cf. P. Fernandez Kelly, « Underclass and Immigrant Women as Economic Actors : Rethinking Citizenship in a Changing Global Economy », *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, 1993, pp. 151-153.

⁹⁰ S.1033, 109e Cong, 1st Stess [2005].

⁹¹ *Id.* au § 204 (h)(3); voir également *id.* au § 104(h)(5) [qui assure les mêmes « avantages » aux employés non-immigrés qu'aux employés américains]

ils doivent pouvoir récolter les fruits de leur travail, et ainsi avoir la possibilité de bénéficier, pour leur famille et pour eux-mêmes, d'une assurance santé et pouvoir épargner en vue de leur retraite⁹². On n'en attend pas moins d'un système équitable de couverture globale des employés.

CONCLUSION

L'un des domaines les plus négligés de la législation américaine actuelle en matière de prestations sociales au bénéfice des employés est l'application extraterritoriale de la loi *ERISA* aux employés américains travaillant dans d'autres pays. De plus, les tribunaux et le législateur n'ont pas consacré le temps qui aurait été nécessaire pour discuter des difficultés de couverture de la loi *ERISA* à l'égard des employés étrangers travaillant aux États-Unis, qu'ils soient en situation régulière ou non, et qu'ils travaillent pour des gouvernements étrangers ou des organismes non gouvernementaux. Les mesures proposées dans cet article peuvent paraître bien modestes à quiconque souhaiterait être témoin d'avancées concrètes en faveur d'un régime global, plus cohérent, de prestations sociales au bénéfice des employés. Mais, pour citer Lao Tseu, « *Le plus grand des arbres commence par un minuscule bourgeon ; le plus haut des monuments par une poignée d'argile, et le plus long des voyages par un premier pas* »⁹³.

⁹² Cf. Carson Sprott, « Competitive and Fair: The Case for Exporting Stronger Extraterritorial Labor and Employment Protection », *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 33, n°2, 2010, pp. 479-494 : en dépit de l'intention protectionniste qui se profile derrière *IRCA*, la Cour Suprême a doté les travailleurs sans papiers travaillant sur le territoire américain de solides protections. Dans l'affaire *DeCanas v. Bica*, la Cour met en avant le fait que « *les travailleurs illégaux acceptent des emplois sur des bases inférieures à celles établies par les normes minimales en matière de salaire et de conditions de travail ; ce qui est susceptible de faire s'effondrer l'échelle des salaires et les conditions de travail des citoyens américains et des étrangers légalement admis sur le territoire ; et, par ailleurs, l'emploi d'étrangers illégaux dans de telles conditions est de nature à diminuer l'impact des syndicats* ».

⁹³ Lao Tseu (Laozi), *Daodejing* 64 (traduit en français par Christian Lirette), http://www.swami-center.org/fr/text/tao_te_ching.html.