

2020/2

REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

REVUE SOUTENUE PAR L'INSTITUT DES SCIENCES HUMAINES ET SOCIALES DU CNRS

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

LA VIE PERSONNELLE DU SALARIÉ

COORDONNÉE PAR ALLISON FIORENTINO

AVEC LES CONTRIBUTIONS DE :

ALLISON FIORENTINO (INTRODUCTION), URWANA COIQUAUD (QUÉBEC), GABRIELLE GOLDING (AUSTRALIE), PETER UPSON (NOUVELLE-ZÉLANDE), GABRIELA MENDIZÁBAL BERMÚDEZ (MEXIQUE), MELDA SUR (TURQUIE), MARIE-CÉCILE ESCANDE-VARNIOL ET GERHARD BINKERT (ALLEMAGNE), ELENA SEREBRYKOVA ET ELENA SYCHENKO (FÉDÉRATION DE RUSSIE), MERCEDES LÓPEZ BALAGUER ET EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (ESPAGNE), SÉBASTIEN RANC (FRANCE), MATTHEW W. FINKIN (ÉTATS-UNIS)

JURISPRUDENCE SOCIALE INTERNATIONALE

COMMENTAIRE

ANDREA ALLAMPRESE ET RAPHAEL DALMASSO - COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX - LA DÉCISION DU COMITÉ DE STRASBOURG SUR LA RÉCLAMATION N°158/2017 CGIL C/ ITALIE : LA TERRE TREMBLE !

ACTUALITÉS

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL
ORGANISATION DES NATIONS UNIES
UNION EUROPÉENNE

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

SYLVAIN LAULOM

Tamás Gyulavári, Emanuele Menegatti (eds), *The Sources of Labour Law*, Wolters Kluwer, 2020, 404 p., Alphen aan den Rijn.

REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Membres du Conseil scientifique

N. Aliprantis (Grèce), G.-G. Balandi (Italie), U. Becker (Allemagne), U. Carabelli (Italie), J. Carby Hall (Royaume-Uni), A. Cissé Niang (Sénégal), L. Compa (États-Unis), W. Däubler (Allemagne), P. Davies (Royaume-Uni), M. Dispersyn (Belgique), S. Gamonal C. (Chili), Adrian O. Goldin (Argentine), Z. Góral (Pologne), M. Iwamura (Japon), J.-C. Javillier (France), P. Koncar (Slovénie), M. Nasr-Eddine Koriche (Algérie), A.-M. Laflamme (Canada), R. Le Roux (Afrique du Sud), A. Lyon-Caen (France), A. Monteiro Fernandes (Portugal), A. Montoya Melgar (Espagne), A. Neal (Royaume-Uni), R. Owens (Australie), C. Papadimitriou (Grèce), P.-G. Pougoué (Cameroun), M. Rodríguez-Piñero (Espagne), J.-M. Servais (Belgique), A. Supiot (France), M. Sur (Turquie), G. Trudeau (Canada), C. Vargha (Bureau International du Travail), M. Weiss (Allemagne), A. Zheng (Chine).

Directrice de la publication

Isabelle Daugereilh, COMPTRASEC (UMR CNRS 5114), Université de Bordeaux.

Rédactrice en Chef

Marie-Cécile Clément, COMPTRASEC (UMR CNRS 5114), Université de Bordeaux.

Secrétaire de rédaction

Marilyne Mondolfi, COMPTRASEC (UMR CNRS 5114), Université de Bordeaux.

Mise en page

Corinne Blazquez, Maison des Sciences de l'Homme d'Aquitaine (MSHA).

Membres du Comité éditorial

Pablo Arellano Ortiz (Organisation Internationale du Travail - Université Pontifica de Valparaiso PUCV - Chili), Philippe Auvergnon (CNRS - Université de Bordeaux - France), Eri Kasagi (CNRS - Université de Bordeaux - France), Risa L. Lieberwitz (Université de Cornell - États-Unis), Pascale Lorber (Université de Leicester - Royaume-Uni), Stefania Scarponi (Université de Trento - Italie), Yuki Sekine (Université de Kobé - Japon), Achim Seifert (Université Friedrich Schiller de Iéna - Allemagne) et Ousmane O. Sidibé (Mali).

Correspondants du réseau d'Actualités juridiques internationales

■ **AFRIQUES** : A. Govindjee et K. Malherbe (Afrique du Sud), C. Boukli-Hacène et Z. Yacoub (Algérie), B. Millefort Quenum (Bénin), P. Kiemde et H. Traoré (Burkina-Faso), P.-E. Kenfack (Cameroun), S. Yao Dje et D. Koffi Kouakou (Côte d'Ivoire), P. Kalay (République Démocratique du Congo - Congo Kinshasa), S. Ondze (République du Congo - Congo Brazzaville), I. Yankhoba Ndiaye et Massamba Gaye (Sénégal), N. Mzid et A. Mouelhi (Tunisie)

■ **AMÉRIQUES** : A. O. Goldin, D. Ledesma Iturbide et J. P. Mugnolo (Argentine), A. V. Moreira Gomes, S. Machado et J. Sarmiento Barra (Brésil), R.-C. Drouin, A.-M. Laflamme, L. Lamarche et G. Trudeau (Canada), P. Arellano Ortiz et S. Gamonal C. (Chili), C. Castellanos Avendano, A. N. Guerrero et V. Tobon Perilla (Colombie), R. L. Lieberwitz (États-Unis), P. Kurczyn Villalobos (Mexique), L. Gamarra Vilchez et M. K. Garcia Landaburu (Pérou), M. Ermiada Fernández et H. Barretto Ghione (Uruguay).

■ **ASIE-OCÉANIE** : D. Allen, S. McCrystal et T. Walsh (Australie), A. Zheng (Chine), J. Park (Corée du Sud), G. Davidov (Israël), S. Dake, M. Iwamura, E. Kasagi, H. Nagano, Y. Sekine et Y. Shibata (Japon), S. Taweejamsup (Thaïlande) et Tuán Kiêt Nguyễn (Vietnam).

■ **EUROPE** : A. Seifert (Allemagne), A. Csuk et G. Löschnigg (Autriche), A. Lamine et V. De Greef (Belgique), A. Filcheva et Y. Genova (Bulgarie), C. Jacqueson (Danemark), I. Vukorepa (Croatie), J. L. Gil y Gil (Espagne), E. Serebryakova et A. Alexandrova (Fédération de Russie), M. Badel, M. Gally, J.-P. Laborde, S. Ranc et M. Ribeyrol-Subrenat (France), C. Papadimitriou et A. Stergiou (Grèce), T. Gyulavári et K. Rúzs Molnár (Hongrie), M. O'Sullivan (Irlande), A. Mattei et S. Nadalet (Italie), B. Bubilaityte Martisiene et G. Tamašauskaitė (Lituanie), S. Burri et N. Gundt (Pays-Bas), M. Gajda, A. Musiała et M. Pliszkiwicz (Pologne), T. Coelho Moreira et A. Monteiro Fernandes (Portugal), M. Stefko et V. Štangová (République Tchèque), F. Rosioru (Roumanie), J. Carby-Hall et P. Lorber (Royaume-Uni), F. Bojić et L. Kovačević (Serbie), P. Koncar et B. Kresal (Slovénie), J. Julén Votinius (Suède) K. Pärli et A. Meier (Suisse), Kübra Doğan Yenisey et M. Sur (Turquie).

JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

LA VIE PERSONNELLE DU SALARIÉ

COORDONNÉE PAR ALLISON FIORENTINO

- p. 6 ALLISON FIORENTINO**
Introduction - La vie privée du salarié dans la jurisprudence comparée
- p. 14 URWANA COIQUAUD**
Tatouages sur les corps et corps à l'ouvrage : état de la jurisprudence au Québec
- p. 24 GABRIELLE GOLDING**
L'utilisation des réseaux sociaux par les salariés en Australie
- p. 36 PETER UPSON**
La réglementation en matière de dépistage des drogues sur le lieu de travail en Nouvelle-Zélande
- p. 48 GABRIELA MENDIZÁBAL BERMÚDEZ**
La protection de la vie privée des travailleurs, un défi pour la législation mexicaine
- p. 56 MELDA SUR**
Vie personnelle et relation de travail dans la jurisprudence en Turquie
- p. 66 MARIE-CÉCILE ESCANDE-VARNIOL ET GERHARD BINKERT**
Le licenciement du salarié pour une activité personnelle à l'origine d'un préjudice ou d'une gêne pour l'entreprise
- p. 76 ELENA SEREBRYAKOVA ET ELENA SYCHENKO**
Les droits de l'employeur sur la vie privée du salarié : étude du droit russe
- p. 86 MERCEDES LÓPEZ BALAGUER ET EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**
Le droit à un équilibre entre vie professionnelle et vie privée en Espagne
- p. 94 SÉBASTIEN RANC**
Le respect de la vie personnelle sur le temps et lieu de travail : l'inspection des dossiers informatiques du salarié
- p. 102 MATTHEW W. FINKIN**
Le contrôle de la vie privée par les employeurs: la topographie karstique du droit américain

JURISPRUDENCE SOCIALE INTERNATIONALE

COMMENTAIRE

- p. 114** **ANDREA ALLAMPRESE ET RAPHAEL DALMASSO**
Comité Européen des Droits Sociaux - La décision du Comité de Strasbourg sur la Réclamation n°158/2017 CGIL c/ Italie : la terre tremble !

ACTUALITÉS

- p. 124** **ALEXANDRE CHARBONNEAU** - OIT - L'avenir du travail en suspens
- p. 130** **ELENA SYCHENKO** - ONU - Les activités des organes des Nations Unies chargés des droits de l'homme en 2019
- p. 134** **HÉLÈNE PAYANCÉ** - UNION EUROPÉENNE - Complément de pension contributive espagnol et discrimination directe au détriment des pères - CJUE, 12 décembre 2019, Aff. n°C-450/18, WA c./Instituto Nacional de la Seguridad Social
- p. 138** **IOLANDA LUPU** - UNION EUROPÉENNE - Discrimination en raison du sexe et réduction rétroactive des droits acquis à la pension professionnelle - Arrêt de la CJUE du 7 octobre 2019, Aff. n°C-171/18

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

- p. 142** **SYLVAIN LAULOM**
TAMÁS GYULAVÁRI, EMANUELE MENEGATTI (eds), *The Sources of Labour Law*, Wolters Kluwer, 2020, 404 p., Alphen aan den Rijn.

LE CONTRÔLE DE LA VIE PRIVÉE PAR LES EMPLOYEURS: LA TOPOGRAPHIE KARSTIQUE DU DROIT AMÉRICAIN¹



MATTHEW W. FINKIN

Professeur, Faculté de droit, Université de l'Illinois

RÉSUMÉ

Aux États-Unis, la mise hors du contrôle de l'employeur par le droit de la vie privée et familiale du salarié réside dans de petites poches de protection, parfois excessivement techniques, sur un terrain où le pouvoir de l'employeur serait autrement entier. Cet article en examinant ce terrain juridique, tente de donner une explication historique de la situation actuelle et des raisons pour lesquelles les États-Unis diffèrent si fortement de l'Europe.

Mots-clés : *Relations intimes entre salariés, non-fraternisation, « maître et serviteur »*

ABSTRACT

In the United States the legal insulation of an employee's private and family life from employer control lies in small pockets of protection, sometimes exceedingly technical, on a terrain of otherwise plenary employer power. This article tours that legal terrain. It attempts an historical explanation for how this has come about, on why the U.S. differs so strongly from Europe.

Key words: *Intimate Association, Non-Fraternization, « Master and Servant »*

1 « Une surface terrestre qui se compose de nombreux puits, irrégulièrement divisés entre eux, est appelée une topographie karstique », F. Lahee, *Field Geology*, 6^e édition, 1961, p. 364.

En Europe, la capacité de l'employeur à s'immiscer dans la vie privée d'un salarié est régie par des principes juridiques très clairs : le salarié ayant droit au respect de sa vie privée et familiale², toute ingérence de l'employeur doit être nécessaire et proportionnée au but recherché³.

Les Etats-Unis ont longtemps appliqué une règle opposée, tout aussi simple et plus catégorique : l'employeur possédait un pouvoir absolu de contrôle et il n'était donc pas question de rechercher un quelconque équilibre. Pourtant, au cours des dernières décennies, la topographie juridique américaine a évolué. Des brèches sont apparues, ainsi que des poches dispersées et fortuites de protection de la vie privée.

Avant d'illustrer cette évolution, la question fondamentale est de savoir pourquoi les Etats-Unis n'ont pas offert une protection plus cohérente de la vie familiale et privée, alors que les valeurs sociales en jeu sembleraient être les mêmes des deux côtés de l'Atlantique. Cette question doit être abordée avant même que l'on s'aventure sur le terrain juridique.

Le droit américain est le produit d'une combinaison de facteurs historiques, sociologiques et idéologiques. La source historique du droit du travail réside dans la transposition américaine de la loi britannique sur les « maîtres et serviteurs », une loi régissant les relations domestiques et qui a été étendue à l'emploi industriel. Dans les années 1880, le directeur d'un chemin de fer de Chattanooga, dans le Tennessee, avait interdit à ses ouvriers de faire leurs achats dans un magasin qui n'avait pas recueilli sa faveur.

La majorité des juges de la Cour suprême du Tennessee ont abordé la question ainsi : Ne puis-je pas refuser de faire des affaires avec quiconque ? Ne puis-je pas interdire à ma famille de faire des affaires avec quiconque ?

- Puis-je pas congédier mon domestique pour avoir fait des affaires, ou même pour s'être rendu là où je le lui avais interdit ?
- Si c'est vrai pour mon domestique, pourquoi pas pour mon ouvrier agricole, mon mécanicien ou mon cocher ? Et si c'est vrai pour l'un d'entre eux, pourquoi pas pour tous les quatre ?
- Si c'est vrai pour tous les quatre, pourquoi pas pour cent ou mille d'entre eux⁴ ?

2 Convention européenne des droits de l'homme, article 8.

3 Mis en œuvre par exemple en droit français par l'article L.1121-1 du Code du travail ou en droit allemand par le vaste corpus de *Persönlichkeitsrecht* créé par les tribunaux allemands.

4 *Payne v. Western & Atl. Rr.*, 81 Tenn, 1884, p. 507. Les juges dissidents, dans une opinion résolument moderne, ont plaidé contre l'existence d'un lien entre un domestique et un travailleur industriel.

Cette façon de penser n'est pas si surprenante. Le service domestique, une nécessité pour les ménages de la classe moyenne de l'époque⁵, impliquait souvent que les femmes de chambre habitent sur place. Exerçant un pouvoir total, leur employeur pouvait contrôler l'usage fait de leur temps libre, leurs fréquentations en dehors du travail et - est-il besoin de le préciser ? - leur vie sexuelle⁶. Pour certains membres de l'élite juridique, il en allait de même pour tout travailleur salarié⁷.

En outre, si le droit classique des contrats repose sur l'hypothèse d'une libre négociation et d'un consentement mutuel, le contrat de travail intégrait implicitement le pouvoir de domination qui existait précédemment, même si les obligations réciproques que la loi imposait jusque-là au maître avaient disparues : [L]a nouvelle doctrine juridique manifestait peu d'intérêt pour la bienveillance managériale. Elle présumait que chaque partie au contrat prendrait soin de ses propres intérêts et y pourvoirait, dans le cadre d'un accord librement négocié. L'engagement moral limité de l'employeur *justifiait tout arrangement qu'il pouvait imposer*. Les termes de l'accord, et non la loi du contrat de travail, devaient être invoqués pour garantir une justice opérationnelle dans l'usine⁸.

De plus, le droit américain a tracé une frontière nette entre les institutions gouvernementales et privées. A partir de la fin des années 1960, les protections constitutionnelles ont été étendues à la vie privée des salariés du secteur public - liberté d'association et d'expression, liberté d'activité en dehors du travail - parce que les employeurs étant soumis à la Constitution étaient tenus de garantir ces libertés⁹. Rien de tout cela n'était applicable aux salariés du secteur privé.

En effet, pour adapter ces restrictions constitutionnelles aux prérogatives des employeurs, les tribunaux devaient catégoriquement distinguer l'employeur public de l'employeur privé. Ainsi, la faculté d'agir devant le juge pour transposer les valeurs de la Constitution fédérale dans l'emploi privé, technique appliquée avec vigueur en Allemagne, se heurtait à un obstacle quasi insurmontable aux Etats-Unis.

Le principe américain de l'emploi de gré à gré, qui permet à un employeur de licencier un salarié pour n'importe quelle raison - voire même sans motif - au nom de ses prérogatives sans entrave¹⁰, a connu une érosion à partir des années 1980. Les tribunaux

5 En 1880, sur une main-d'œuvre totale de plus de dix-sept millions de personnes, 3 290 000 étaient employées dans la fabrication et 1 130 000 dans le service domestique : *Historical Statistics of the United States, Colonial Times to 1970*, D11-25, p. 127, D167-81, 1975, p. 139. Environ un ménage américain sur huit employait des domestiques. Voir D. Sutherland, *Americans and their Servants, Domestic Service in the United States from 1800 to 1920*, 1981, p. 10.

6 D. Sutherland, *id.*; D. Katzman, *Seven Days a Week: Women and Domestic Service in Industrializing America*, 1978.

7 Sur le plan idéologique, la conception de la citoyenneté à l'époque reposait sur la propriété indépendante : R. Corrarino, *The Labor Question in America: Economic Democracy in the Gilded Age*, 2011. Le travail salarié n'était pas si éloigné de la servilité ; c'était au mieux une étape avant de devenir artisan qualifié puis propriétaire de sa propre boutique.

8 P. Selznik, *Law, Society, and Industrial Justice*, 1969, p. 136.

9 Pour saisir les débuts de la portée de la Constitution, voir R. O'Neil, *The Private Lives of Public Employees*, 51 Ore. L. Rev. 70, 1971.

10 C. Summers, *Employment At Will in the United States: The Divine Right of Employers*, 3 U. Pa. J. Lab. & Emp. L., 2000, p. 65.

d'Etat ont commencé à refuser aux employeurs le pouvoir de licencier un salarié pour une raison contraire au bien commun, à « l'ordre public » dans un premier temps.

Par exemple, le licenciement pour refus d'obéir à l'ordre d'un employeur de commettre un acte illégal n'était pas admis. Cependant, l'exception « d'ordre public » ne s'étendait pas à la sphère privée. Or, aucune question ne pouvait être plus privée que la vie familiale et personnelle d'un salarié sur laquelle les employeurs ont pu pendant longtemps exercer leur contrôle.

Il faut rappeler à titre d'exemple le règlement que Carson, Pirie et Scott, propriétaires d'un grand magasin de Chicago, ont publié à l'intention de leurs salariés en 1927 :

5. Tout salarié ayant pour habitude de fumer des cigares espagnols, de se faire raser chez le barbier, de se rendre à des soirées dansantes ou dans d'autres lieux de divertissement et de sortir tard le soir, donnera assurément à son employeur des motifs de douter de son intégrité et de son honnêteté.

7. Chaque salarié doit verser au moins 5,00\$ par an à l'Eglise et doit fréquenter l'école du dimanche régulièrement.

8. Les salariés de sexe masculin ont droit à un soir de congé hebdomadaire pour voir leur fiancée, et deux s'ils assistent à des réunions de prière.

9. Après les 14 heures passées dans le magasin, les heures de loisirs doivent être principalement consacrées à la lecture¹¹.

En 1915, la *Ford Motor Company* soumettait ses employées de bureau à l'examen de son « Département de sociologie » qui surveillait leur « mode de vie en matière d'épargne ou de consommation, dans le cadre de [leur] vie privée »¹². Selon la vision *Fordiste* de la société, les femmes mariées devaient démissionner. Les salariées faisaient l'objet d'une enquête si elles étaient soupçonnées de se soustraire à la règle : « Les femmes qui refusaient de se soumettre à une enquête de routine étaient automatiquement considérées comme suspectes et immédiatement licenciées »¹³.

Face à un paternalisme aussi intrusif, le seul recours des salariées de l'époque n'était pas la loi mais la protestation, et effectivement elles protestaient¹⁴, au risque de se faire licencier, ce qui était bel et bien le cas chez Ford.

11 Cité dans D. Miller & W. Form, *Industrial Sociology*, 1951, p. 561.

12 O. Zunz, *Making America Corporate [1870-1920]*, 1990, p. 141.

13 *Id.*, p. 144.

14 Dans les années 1920, des ouvriers du textile du Sud, ayant reçu l'ordre de fréquenter les églises soutenues par l'entreprise, ont protesté en fréquentant des églises différentes ou de « dénominations désapprouvées ». Voir J. Dowd Hall et al., *Like a Family: The Making of a Southern Cotton Mill World*, 1987, p. 178. La « secrétaire des services » d'une entreprise du Maine, accusée du soulèvement moral de la main-d'œuvre féminine, a rappelé qu'à l'occasion « trente filles en colère sont descendues dans son bureau et ont déclaré qu'elles étaient tout aussi propres qu'elle, et qu'elles ne se soumettraient pas aux examens physiques, et n'enlèveraient leurs chaussures et leurs bas devant quiconque ». Voir également S. D. Brandes, *American Welfare Capitalism 1880-1940*, 1976, p. 139.

L'adoption de la loi fédérale sur les droits civils de 1964, qui interdisait les discriminations dans l'emploi fondées sur la race, le sexe, la religion et l'origine nationale, a opéré un changement radical dans le paysage juridique. L'interdiction de la discrimination religieuse a eu un effet direct : Carson, Pirie et tout autre employeur, ne pouvaient plus imposer à leurs salariés la fréquentation de l'église ou la conformité religieuse, bien que les salariés aient cherché des manières moins brutales d'utiliser la religion pour servir leurs objectifs¹⁵. L'impact de la loi sur la vie privée d'une manière plus générale était secondaire.

Par exemple, les compagnies aériennes avaient interdit aux agents de bord - alors appelés « hôtesse de l'air », invariablement des femmes - de se marier. Cela est devenu illégal, non pas parce que le droit de se marier a été donné aux hôtesse de l'air, mais parce que la même interdiction ne s'appliquait pas aux hommes¹⁶. Les femmes blanches qui avaient des relations amoureuses avec des hommes noirs ne pouvaient plus se voir refuser un emploi, ou être renvoyées pour cela, non pas parce qu'elles avaient droit au respect de leur droit de choisir leurs fréquentations, mais parce que les relations interraciales étaient les seules à être interdites¹⁷.

Néanmoins, le terrain était préparé pour d'autres évolutions et les progrès se sont poursuivis. Un rapide aperçu permettra de mettre en relief la topographie juridique américaine. Ce domaine est celui des relations intimes à savoir le mariage (I), la famille (II) et la vie amoureuse (III).

I - L'ÉTAT MATRIMONIAL

Si la loi fédérale ne fait pas de l'état matrimonial un motif d'action inadmissible, la moitié environ des Etats l'a pourtant fait¹⁸. Par conséquent, la question de savoir si un salarié peut être licencié parce qu'il s'est marié est déterminée par le juge compétent de l'Etat d'emploi. Cela étant, dans les Etats qui protègent le mariage du contrôle de l'employeur, il existe une divergence d'opinion sur le point de savoir si l'interdiction ne concerne que le fait de se marier ou couvre également l'identité du conjoint. Le problème s'est posé lorsqu'un employeur a pris des mesures à l'encontre d'un salarié en raison des actions de son épouse.

Cette question avait été présentée, longtemps auparavant, en s'appuyant sur la loi nationale sur les relations de travail qui régit la syndicalisation et la négociation collective. « Les représailles exercées contre un homme en s'attaquant à un membre de sa famille sont une forme ancienne de vengeance, qui n'est pas inconnue du domaine des relations de travail », a déclaré le juge Posner¹⁹.

15 L. Lambert, *Spirituality, Inc.: Religion in the American Workplace*, 2009.

16 *Sprogis v. United Air Lines, Inc.*, 444 F.2d 1194, 7th Cir., 1971.

17 *Parr v. Woodsmen of the World Life Ins. Co.*, 791 F.2d 888, 11th Cir., 1986; *Deffenbaugh-Williams v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 156 F.3d 581, 5th Cir., 1998.

18 *Bloomberg Law* publie un résumé Etat par Etat de la lutte contre les discriminations dans les lois sur l'emploi.

19 *NLRB v. Advertisers Mfg. Co.*, 823 F.2d 1086, 1088, 7th Cir., 1987.

En vertu de la loi sur le travail, le licenciement d'un conjoint en raison de l'activité syndicale de l'autre conjoint est illégal²⁰. Cette notion a été étendue, en vertu de la loi sur les droits civils, au licenciement d'une jeune femme motivé par le fait que son fiancé avait déposé plainte pour discrimination en matière d'emploi contre leur employeur commun²¹. Lorsque le couple n'a pas le même employeur, les tribunaux appliquent la « théorie de la perception », c'est-à-dire que le conjoint victime de représailles peut tenter une action en justice lorsqu'il a été perçu par l'employeur comme contribuant à une action protégée par la loi²².

Certains tribunaux d'Etat ont interprété dans ce sens l'interdiction de la discrimination conjugale dans leur juridiction.

Par exemple, la Cour suprême du Montana a jugé qu'un employeur pour lequel travaillait un couple marié, n'avait pas le droit de licencier le mari sous prétexte qu'il était mécontent du travail de son épouse²³. Cette approche a également été adoptée à Hawaï, au Minnesota et dans l'Etat de Washington²⁴.

Pourtant, d'autres tribunaux ont donné une interprétation plus étroite de cette interdiction. A New York par exemple, il a été jugé qu'une femme, renvoyée parce que son mari avait été licencié par le même employeur, ne pouvait pas porter plainte pour discrimination fondée sur l'état matrimonial²⁵. Les tribunaux de Floride, de l'Illinois et du Michigan ont adopté une position similaire²⁶. Au Nebraska, la loi a été interprétée comme n'accordant aucune protection à un salarié licencié en raison de son « divorce »²⁷.

Cela laisse ouvert le recours au droit commun ; mais le concept de licenciement abusif a été jugé inopérant dans des scénarios identiques relatifs à des questions de politique générale²⁸. Lorsqu'une salariée qui plaisait à son supérieur hiérarchique, a été informée par lui-même qu'elle serait renvoyée si elle épousait quelqu'un d'autre, son licenciement

20 *Tasty Baking Co. v. NLRB*, 254 F.3d 114, D.C. Cir., 2011 ; *NLRB v. J.G. Boswell Co.*, 136 F.2d 585, 594-96, 9th Cir., 1943. Il s'agissait d'une mère licenciée parce que sa fille soutenait un mouvement d'organisation dans une entreprise différente.

21 *Thompson v. North American Stainless, L.P.*, 562 U.S. 170, 2011.

22 *E.g. Murphy v. Dist. Of Columbia*, 390 F.Supp.3d 59, D. D.C., 2019 (instance de réexamen).

23 *Mercer v. McGee*, 197 P.3d 961, Mont., 2008.

24 *Margula v. Benton Franklin Title Co.*, 930 P.3d 307, Wash., 1997 ; *Ross v. Stouffer Hotel Co. (Haw.) Ltd.*, 816 P.2d 302, Haw., 1991 ; *on remand*, 879 P.2d 1037, Haw., 1997 ; *Kraft, Inc. v. State*, 284 N.W.2d 380, Minn., 1979, *Taylor v. LSI Corp.*, 796 N.W.2d 153, Minn., 2011.

25 *Cramer v. Newburgh Molded Prods.*, 645 N.Y.S.2d 46, App. Div., 1996 (instance de réexamen de New York).

26 *Donato v. American Tel. & Tel. Co.*, 767 So.2d 1146, Fla., 2000 ; *Industrial Affiliates, Ltd. V. Fish*, 25 So.3d 629, Fla. Dist. Ct. App., 2009 ; *Whirlpool Corp. v. Civil Rights Comm'n*, 390 N.W.2d 625, Mich., 1986 ; *Thomson v. Sanborn's Motor Express, Inc.*, 283 A.2d 53 (N.J. Super Ct. App. Div., 1977 ; *Boaden v. Department of Law Enf't*, 664 N.E.2d 61, Ill., 1996.

27 *Adams v. Tenneco Auto. Operating Co.*, 359 F.Supp.2d 834, D. Neb., 2005.

28 *Berry v. Liberty Nat'l Life Ins. Co.*, 879 F.Supp. 44, S.D. Miss., 1995 ; *Paris v. Cherry Payment Sys.*, 638 N.E.2d 351, (Ill. App. Ct. 1994) ; *Bammert v. Don's Super Value, Inc.*, 646 N.W.2d 365 (Wis. 2002) ; *Chambers v. Advanced Processing Sys.*, 853 So.2d 984 (Ala. Civ. App. 2002) ; *Per contra Fortunato v. Office of Stephen M. Silston, D.D.S.*, 856 A.2d 530 (Conn. Super. Ct. 2004).

lorsqu'elle a épousé un autre homme n'a pas été jugé comme un motif recevable pour ouvrir une action en justice²⁹.

II - LA FAMILLE

En l'absence de dispositions statutaires, le licenciement d'un parent en raison des actes de l'enfant, ou même en raison de l'existence d'un enfant, n'est pas illégal. Cependant, la loi sur le travail et la loi sur les droits civils protègent les parents contre les représailles pour des activités statutairement protégées de leurs enfants.

En outre, la loi américaine en faveur des personnes handicapées (ADA)³⁰, comme les lois de certains Etats à l'exemple de la Californie³¹, interdisent toute action entreprise à l'encontre d'un salarié « connu pour avoir une relation ou être associé » avec une personne ayant un handicap avéré. Sont ainsi protégées les personnes qui s'occupent d'un enfant (ou conjoint) handicapé ou qui se portent volontaires pour travailler avec des personnes atteintes du SIDA³².

New York protège le « statut familial » ainsi que l'état matrimonial y compris le fait d'avoir un enfant ou d'être domicilié avec un enfant³³, et interdit aux employeurs toute discrimination contre les salariés en raison d'une « décision de santé de la personne à charge », ce qui comprendrait l'utilisation de contraceptifs par les enfants des salariés, ou leur décision de se faire avorter³⁴.

29 *Cunningham v. Dabbs*, 703 So.2d 979 (Ala. Civ. App. 1997). Il n'était pas possible non plus de contester le renvoi d'un salarié amoureux de la personne convoitée par un supérieur ; *Barrett v. Kirkland Cnty. Coll.*, 628 N.W.2d 63 (Mich. Ct. App. 2001).

30 42 U.S.C. § 12112(b)(4).

31 Cal. Gov't Code § 12926(m).

32 Voir par exemple *Graziadio v. Culinary Inst. of Am.*, 817 F.3d 415,2d Cir., 2016, (sur les exceptions à cette interdiction : lorsque l'association coûte de l'argent à l'employeur, si cela engendre une inquiétude sur la transmission d'une maladie dans l'entreprise ou si cela distrait le salarié de son travail). La loi sur la sécurité des pensions de retraite interdit le congédiement d'un salarié qui participe à un régime médical parrainé par l'employeur visant à empêcher « la réalisation » d'un droit auquel le salarié « pourrait avoir droit ». 29 U.S.C. §1140. Par conséquent, le renvoi d'un parent en raison de la perspective des frais médicaux qu'un employeur pourrait supporter pour l'enfant enfreindrait cette loi. Dans un tel cas, la question de l'intention devient cruciale. Voir par exemple *Arnett v. Tuthill Corp., Fill-Rite Div.*, 849 F.Supp. 654 (N.D. Ind. 1994) : une épouse n'a pas réussi à prouver que le motif de son licenciement était qu'elle avait fait bénéficier son mari séropositif de sa couverture maladie financée par l'entreprise. Lorsque l'enfant satisfait au critère d'invalidité en vertu de l'ADA, une disposition de cette loi rend illégal le licenciement du parent motivé par ce lien de parenté.

33 N.Y. Exec. L. §292(25).

34 N.Y. Lab. L. § 203-E(2) (eff. Nov. 8, 2019). Il a été jugé que le renvoi d'une employée en raison de sa décision de se faire avorter violait la loi fédérale sur les droits civils. *Roe v. C.A.R.S. Prot. Plus, Inc.*, 527 F.3d 358 (3d Cir. 2008); *following Turic v. Holland Hosp., Inc.*, 85 F.3d 1211 (6ème th Cir. 1991).

III - LES RELATIONS AMOUREUSES

Trois Etats protègent, contre les représailles de l'employeur, toute conduite licite en dehors des heures de travail et n'ayant aucun impact négatif sur le lieu de travail. Cela concerne vraisemblablement aussi les relations amoureuses d'un salarié³⁵. Cependant, en l'absence de législation, rien ne limite les employeurs dans la façon dont ils réglementent les relations entre salariés, dans la mesure où ils n'enfreignent pas la législation interdisant les discriminations.

Les employeurs réglementent généralement les fréquentations au sein de l'entreprise, qui impliquent le plus souvent des relations entre supérieurs et subordonnés. Certains ont même adopté des politiques interdisant totalement les relations avec des collaborateurs, pour éviter les plaintes éventuelles pour harcèlement sexuel, si les relations devaient se détériorer³⁶.

Le contrôle même de cette mesure n'est pas juridiquement attaquable³⁷. Légalement, aucune faute n'est commise par un responsable masculin qui licencie une subordonnée en raison des soupçons (ou de la jalousie) de son épouse³⁸. Le licenciement motivé par des relations sexuelles en dehors de l'entreprise n'est pas attaquable non plus, tant qu'il n'y a aucune infraction à la loi anti-discrimination.

Le droit du travail américain présente une topographie karstique très inégale : une salariée ne peut être renvoyée parce qu'elle est enceinte, parce que son enfant est métis, ou parce qu'elle prend soin d'un enfant handicapé³⁹. En revanche, si elle n'est pas employée à New York ou dans un Etat interdisant de façon similaire le licenciement lié *directement* à la « situation de famille », elle peut être licenciée simplement parce qu'elle a des enfants.

35 Cal. Lab. Code § 98.6, Colo. Rev. Stat., § 24-34-402.5; N.D. Cent. Code § 14-02.4-18 : New York interdit le licenciement pour « activités récréatives légales en dehors des heures de travail ». N.Y. Lab. L. § 201-d(2)(c) : Mais les relations amoureuses n'ont pas été considérées comme des activités récréatives. *McCavitt v. Swiss Reinsurance Am. Corp.*, 237 F.3d 166 (2d Cir. 2001). Certains membres du patronat continuent de défendre le droit de renvoyer impunément un salarié pour son comportement hors de l'entreprise. R. Howie et L. Shapero, *Lifestyle Discrimination Statutes: A Dangerous Erosion of At-Will Employment, a Passing Fad, or Both ?*, 31 Emp. Rel. L.J. 21 (2005). Cela a suscité une critique basée principalement sur le droit français et allemand. Voir M. Finkin, *Life Away From Work*, 66 La. L. Rev. 945, 2006.

36 M. Finkin, *Privacy in Employment Law*, 6-78-6-79, 5th ed., 2018.

37 *Id.* Voir par exemple *Ellis v. United Parcel Servs., Inc.*, 523 F.3d 823 (7th Cir. 2008).

38 *Nelson v. James H. Knight DDS, P.C.* 834 N.W.2d 64 (Iowa 2013) : licenciement d'une assistante dentaire ayant dix ans d'ancienneté ; *Mittle v. N.Y.S. Div. Hum. Rts.*, 741 N.Y.S.2d 19 (App. Div. 2002) : la subordonnée était enceinte mais le licenciement n'a pas été jugé attaquant au titre de la discrimination sur ce motif.

39 Ou pour avoir un enfant qui engage des frais supplémentaires dans le cadre du régime médical couvert par l'ERISA de l'employeur même si l'enfant n'est pas légalement « handicapé ». Note 31, *supra*.

Pourtant, si les pratiques il y a un siècle en matière d'emploi étaient rigoureuses et sans aucun égard pour la vie privée, les employeurs sont aujourd'hui plus prudents et leurs politiques moins intrusives. Le licenciement *uniquement* pour cause de grossesse serait désastreux pour les relations publiques d'une entreprise et aurait de graves conséquences sur le marché du travail, comme sur celui des produits.

Il n'est pas anodin que la majorité des cas étudiés ci-dessus aient été déclenchés par des décisions managériales *ad hoc*, en réaction à des situations individuelles, et non dans le cadre d'une politique générale de l'entreprise. La plupart, mais pas tous, sont le fait de politiques d'entreprise de non-fraternisation⁴⁰. Qu'il y ait ou non une telle politique, la décision de l'employeur est prise dans des contextes juridiques étatiques où la protection du salarié est inégale. Cependant, l'absence de recours juridique ne signifie pas qu'aucun recours ne puisse être exercé.

Le 5 octobre 1885, les bottiers de l'usine de Joseph Banigan, dans le Rhode Island, ont mis fin à une grève. Quand ils ont repris le travail, on leur a remis un ensemble de nouvelles règles d'entreprise, dont l'une exigeait une présence régulière dans un lieu de culte, une règle courante à l'époque dans les établissements *yankees*. Mais Banigan n'était pas un établissement *yankee*. Le chef d'entreprise était un fervent catholique romain, tout comme ses ouvriers, qui étaient fiers de ne manquer la messe que très rarement. Ce règlement semblait sous-entendre le contraire. En signe de protestation, les travailleurs, furieux et offensés, se sont remis en grève⁴¹.

Aujourd'hui, les travailleurs syndiqués sont libres d'exiger collectivement des garanties contractuelles pour la protection de leur vie privée. Mais à l'heure actuelle, seulement 6,6 % des travailleurs américains sont syndiqués. Malgré cela, la loi sur le travail protège le droit de tous les salariés à « une activité concertée d'entraide et de protection ».

40 L'élite juridique américaine, l'*American Law Institute* (ALI), s'est engagée à reformuler et à moderniser le droit commun du travail. L'Institut a proposé, présentant cela comme un progrès, que la loi protège l'autonomie des salariés en dehors du travail. Il propose de le faire de deux manières : sur le plan de la procédure, cela impliquerait une clause contractuelle à cet effet. Sur le fond, cela accorderait aux salariés une zone de liberté, sauf en cas d'atteinte aux intérêts commerciaux de leur employeur, à déterminer par un critère subjectif - si l'employeur a « la conviction raisonnable et de bonne foi que l'exercice par le salarié de son autonomie porte atteinte à » ses intérêts économiques. *American Law Institute, Restatement of Employment Law § 7.08* (2015). Il a spécifiquement identifié les règles de non-fraternisation comme étant admissibles. L'auteur a souligné deux aspects risqués de cette « réforme » apparente. Tout d'abord, en centrant la loi autour du contrat et non du délit, l'ALI permettrait aux employeurs de la contourner de manière contractuelle, simplement grâce à une clause de non-responsabilité dans un contrat d'adhésion ; en second lieu, en faisant de l'employeur le seul juge, dans la pratique, du moment où ses intérêts l'emportent sur ceux du salarié.

Dans la mesure où les employeurs restreindraient rarement la liberté d'un salarié lorsqu'ils n'y voient *aucun* intérêt économique raisonnable pour eux-mêmes, la protection promise par le *Restatement* est annulée dans les situations où il est le plus probable que l'autonomie soit violée... En somme, « le traitement de l'autonomie des salariés par l'ALI "pousse trop loin la plaisanterie" ». Voir M. Finkin, *Chapitre 7: Privacy and Autonomy*, 21 *Employee Rts. & Emp. Pol'y J.*, 2017, p. 589.

41 S. Malloy et I. Titan, *Irish Toilers: Joseph Banigan and Nineteenth Century New England Labor*, 2008, p. 134.

Une protestation publique, ou même une grève de travailleurs non syndiqués contre un règlement d'entreprise inacceptable, ou contre le licenciement d'un collègue qu'ils jugent abusif, constituerait une action protégée par la loi sur le travail, quelle que soit la légalité du règlement et même si le licenciement est inattaquable juridiquement⁴².

Aujourd'hui, comme il y a un siècle, malgré la création sporadique de poches de protection juridique, la protestation collective est le seul moyen disponible pour sortir la vie familiale et privée du contrôle des employeurs. Mais, contrairement à leurs homologues du siècle dernier, les travailleurs ont désormais un droit légal à l'auto-assistance, à la protestation et à l'action collective- s'ils souhaitent l'exercer.

42 R. Gorman et M. Finkin, *Labor Law, Analysis and Advocacy*, 2013, § 16.2 et 16.3.

TARIFS 2020

REVUE DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

(PAPIER) ISSN 2117-4350
(E-JOURNAL) ISSN 2262-9815

PAR AN

3 NUMÉROS PAPIERS (FRANÇAIS)
1 NUMÉRO ÉLECTRONIQUE (ANGLAIS)

COMPTRASEC
UMR 5114

Mme Marie-Cécile Clément
UNIVERSITÉ DE BORDEAUX
Avenue Léon Duguit - 33608 PESSAC cedex FRANCE
Tél. 33(0)5 56 84 54 74
Fax 33(0)5 56 84 85 12
Email : revue.comptrasec@u-bordeaux.fr

Nom/Name/Nombre

Adresse/Address/Direcció

Code postal/Zip Code/Codigo postal Ville/City/Ciudad

Pays/Country/Pais

① / @

| | | Prix/Price/Precio |
|--|--|-------------------|
| Abonnement Annuel Annual Subscription Suscripción anual | Revue papier / Print Journal / Revista Impresa (3 n° en français / 3 issues in French / 3 números en francés) | 105 € |
| | Revue électronique / E-journal/ Revista Electrónica (1 n° en anglais/1 issue in English, 1 número en inglés) | 70 € |
| | Pack Revues papier et électronique / Printed copies & E-journal / Revistas impresa y electrónica (3 n° en Français & 1 n° en Anglais/ 3 issues in French & 1 in English/ 3 números en francés & 1 en inglés) | 145 € |
| Prix à l'unité Unit Price Precio unitario | Revue Papier / Print Journal/ Revista Impresa | 40 € |
| | Revue électronique /E-Journal/Revista Electrónica | 70 € |
| | Article / Journal article/Artículo | 6 € |
| <i>Frais de port compris / Postal charges included / Gastos de envío incluidos</i> | | |
| TVA VAT IVA | Livraison / Delivery/Entrega : 2,10% France / 1,05% DOM & Corse / 0% UE & hors UE | TOTAL |

MODE DE RÈGLEMENT/MODE DE PAYMENT/FORMA DE PAGO

PAIEMENT EN LIGNE / ONLINE PAYMENT / PAGO EN LINEA
(Carte de crédit - Credit card - Tarjeta de credito)

CHÈQUE / CHEK
À libeller à l'ordre de / Make out to / A la orden de
Monsieur l'agent comptable de l'Université de Bordeaux

NB : Le paiement en ligne est à privilégier

Online payment is preferred / El pago en linea se prefiere

Date Signature

Préciser ici les numéros de la Revue qui vous intéressent ou l'année à partir de laquelle vous souhaitez souscrire un abonnement / Please mention here the issues you are interested in / Por favor, especifique aqui los numeros de la revista que desea

**Pour souscrire
un abonnement permanent**
(renouvellement annuel automatique)
cocher la case ci-dessous



ABONNEMENT PERMANENT
PERMANENT SUBSCRIPTION
SUSCRIPCIÓN PERMANENTE



REVUE

2020/2

DE DROIT COMPARÉ
DU TRAVAIL
ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

La Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale est publiée par le COMPTRASEC, UMR 5114 CNRS de l'Université de Bordeaux depuis 1981. Elle est diffusée trois fois par an dans le but de contribuer au développement des analyses et des échanges sur le droit du travail et de la sécurité sociale à travers le monde. La Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale est membre de l'International Association of Labour Law Journals (IALLJ), réseau international d'échange d'idées et de publications en droit du travail et de la sécurité sociale.

Pour toute correspondance ou proposition de contribution écrire à :

Marie-Cécile CLÉMENT

COMPTRASEC - UMR CNRS 5114 - Université de Bordeaux
16, avenue Léon Duguit - CS 50057 - 33608 PESSAC cedex FRANCE

E-mail : marie-cecile.clement@u-bordeaux.fr

Téléphone : 33 (0)5 56 84 54 74 - Télécopie : 33 (0)5 56 84 85 12

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr>

Les opinions émises dans les articles n'engagent que leurs auteurs. Lorsqu'une traduction est effectuée en langue française, elle l'est sous la responsabilité du rédacteur en chef et des membres du Comité éditorial.

Tout manuscrit est soumis, sans indication du nom de l'auteur, à deux lecteurs pour évaluation et avis avant publication.

NUMÉRO PRÉCÉDENT

2020/1

ÉTUDES

LA « RE-RÉGULATION » DE LA PROTECTION CONTRE LE LICENCIEMENT AU PÉROU PAR LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL
F. VILLANUEVA

LA PROTECTION DU DROIT SYNDICAL EN TURQUIE - LE DROIT ET LES RÉALITÉS
M. SUR

LA LOI QUÉBÉCOISE SUR L'ÉQUITÉ SALARIALE MESURÉE À L'AULNE DES THÉORIES FÉMINISTES
C. SÉNÉCHAL

SITUATION ACTUELLE ET PERSPECTIVES DES SYSTÈMES D'AUTORÉGULATION DES ENTREPRISES EN AMÉRIQUE LATINE
D. M. LEDESMA ITURBIDE

LE « REDDITO DI CITTADINANZA » ITALIEN EN RECHERCHE D'IDENTITÉ : UN REGARD COMPARÉ PAR : APPROCHE EUROPÉENNE ET COMPARATIVE
E. A. GRASSO

LES FORMES D'ACTION COLLECTIVE DES TRAVAILLEURS AU BURKINA FASO : ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION À PARTIR DE L'AVIS N°05-2017/2018 DU CONSEIL D'ÉTAT DU 11 AVRIL 2018
H. TRAORÉ

LA PROCÉDURE DE CONTRÔLE URSSAF : UN SYSTÈME À PARFAIRE
F. TAQUET

LE CADRE CONCEPTUEL DE LA LÉGISLATION SUR LES RETRAITES DURANT LA PREMIÈRE MOITIÉ DU XX^e SIÈCLE
A. ALEKSANDROVA

LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES DANS LE DOMAINE DES RELATIONS DE TRAVAIL EN ESPAGNE
J. CRUZ VILLALÓN

LE RÉGIME DES RETRAITES EN ITALIE : LA RÉFORME PERMANENTE
S. G. NADALET

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

Afriques : Algérie - Amériques : Argentine / Brésil / États-Unis / Mexique - Asie-Océanie : Chine / Japon - Europe : Bulgarie / Espagne / Fédération de Russie / France / Grèce / Irlande / Pays-Bas / Pologne / Portugal / République de Serbie / Royaume-Uni / Suisse

À PARAÎTRE

2020/3

DOSSIER THÉMATIQUE

THÈME : LA DIRECTIVE 2019/1158 DU 20 JUILLET 2019 CONCERNANT L'ÉQUILIBRE ENTRE VIE PERSONNELLE ET VIE PRIVÉE DES PARENTS ET DES AIDANTS
COORDINATION PAR PASCALE LORBER ET GUILLAUME SANTORO

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

REVUE

DE DROIT COMPARÉ

DU TRAVAIL

ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

4 numéros par an
~3 éditions papier (en français)
~1 édition électronique (en anglais)

2020/1

Études
Actualités Juridiques Internationales

2020/2

Jurisprudence Sociale Comparée
Jurisprudence Sociale Internationale
Chronique bibliographique

2020/3

Dossier thématique
Actualités Juridiques Internationales

2020/4

Studies
Thematic Chapter
Comparative Labour Case Law
International Legal News
Comparative Labour Law Literature

Pour plus d'informations

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>

Contact

revue.comptrasec@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC

Centre de droit comparé du travail
et de la sécurité sociale

université
de BORDEAUX



40 euros
ISSN 2117-4350