

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.

LICENCIEMENT DU SALARIÉ POUR UNE ACTIVITÉ PERSONNELLE À L'ORIGINE D'UN PRÉJUDICE OU D'UNE GÊNE POUR L'ENTREPRISE

MARIE-CÉCILE ESCANDE-VARNIOL

Maître de conférences HDR à l'IETL, Université Lumière Lyon II, Membre de GEFACT*

GERHARD BINKERT

Président honoraire de la Cour d'appel du travail de Berlin-Brandenburg, Membre de GEFACT

RÉSUMÉ

Une étude comparative de la jurisprudence allemande et française relative au risque de licenciement pour un fait de la vie privée du salarié est d'autant plus pertinente que, dans ces deux pays, le principe de niveau constitutionnel est la protection de la vie privée, le pouvoir de l'employeur ne devant pas excéder le domaine contractuel de la subordination de la relation de travail. C'est par une analyse concrète des faits que les juges les relient à une obligation contractuelle de loyauté, ou jugent des conséquences du trouble causé à la bonne marche de l'entreprise par certains faits relevant de la vie privée du salarié pour qualifier le licenciement fondé sur de tels faits. Si les solutions allemandes et françaises se rejoignent sur l'obligation de bonne foi, elles s'écartent davantage sur les conséquences qu'entraînent des faits étrangers à l'engagement contractuel mais considérés comme préjudiciables pour l'entreprise. Les deux domaines semblent plus poreux en droit allemand que français.

Mots-clés : *Licenciement, vie privée, bonne foi, obligation de loyauté, trouble caractérisé*

ABSTRACT

A comparative study of German and French case law on the risk of dismissal for a fact of the employee's private life is all the more relevant as in both countries the principle of constitutional level is the protection of privacy and the employer's power must not exceed the contractual field of the subordination of the employment relationship. It is through a concrete analysis of the facts that the judges link them to a contractual obligation of loyalty, or judge the consequences of the disorders caused to the functioning of the company by some facts relating to the employee's private life to qualify dismissal based on such facts. Although the German and French solutions agree on the obligation of good faith, they differ more on the consequences of facts that are not connected to the contractual commitment but are considered as prejudicial to the company. Both fields seem more porous in German law than in French law.

Key words: *Dismissal, Private Life, Good Faith, Loyalty*

* La présente étude fait suite à une rencontre du groupe d'étude franco-allemand sur le contentieux du travail (GEFACT), soutenu par le Ciera et la DGT, qui s'est tenue à l'Université de Toulouse Capitole les 18-19 octobre 2019.

Tant en droit allemand qu'en droit français, le principe d'une séparation entre vie privée et vie professionnelle est constamment réaffirmé¹. En droit allemand, la protection de la vie privée du salarié² trouve sa source dans les droits de la personnalité garantis par la Constitution. Le salarié a droit au respect de sa vie privée et l'employeur ne peut exercer aucune influence sur l'organisation du temps libre de celui-ci. Le comportement d'un salarié dans le cadre de sa vie privée se situe a priori hors de la sphère d'influence de l'employeur³.

En France, la difficulté à séparer ces deux sphères se manifeste même dans le vocabulaire : vie privée, vie extraprofessionnelle, vie personnelle, etc. Les qualificatifs se sont succédés ou coexistent dans la jurisprudence, pour tenter de délimiter les zones de liberté du salarié en dehors de sa « vie professionnelle ». On connaît la difficulté - voire la quasi impossibilité - à différencier parfois les actes de la vie personnelle de ceux de la vie professionnelle tant il est vrai que la personne humaine est une, indivisible, et que les deux sphères - vie privée, vie professionnelle - se chevauchent en permanence.

C'est dire que dans les deux droits, le licenciement pour motif lié à la vie personnelle du salarié ne peut être qu'exceptionnel et dûment justifié.

La limite est posée par le champ des obligations contractuelles. Le contrat de travail comporte des obligations principales : prestation de travail, rémunération et subordination. Dans le domaine de la subordination, la question est de savoir si le salarié reste tenu par des obligations accessoires, au-delà de la seule exécution de la prestation de travail. La réponse s'avère rapidement positive dans certains cas.

Ainsi, on conçoit aisément que le salarié ne puisse exploiter, même en dehors de son temps de travail, une entreprise concurrente à celle de son employeur⁴. De même, un sportif de haut niveau, membre d'une association sportive, ne peut boire en public jusqu'à l'ivresse, même en dehors de ses heures de travail.

Pendant, admettre que ces comportements soient passibles de licenciement, c'est prendre le contrepied du droit au respect de la vie privée et des libertés individuelles du salarié. Il faut donc trouver le fondement juridique qui justifie une telle atteinte.

1 Voir Vossen, Kündigungsrecht, § 1 KSchG (Loi relative à la protection contre les licenciements), point 327a.
 2 Dans le texte qui suit, les termes « salariés » et « employeur » figurant au masculin incluent également la forme féminine.
 3 BAG (Cour Fédérale du travail) du 23/10/2008 - 2 AZR 483/07.
 4 BAG du 23/10/2014 - 2 AZR 644/13 (jurisprudence constante).

Deux fondements peuvent être avancés. L'un tient à l'obligation de bonne foi inhérente à l'exécution de tout contrat. Elle se présente ici comme l'obligation de loyauté, qui interdit de causer préjudice à son co-contractant pendant l'exécution du contrat **(I)**.

Le second fondement se trouve dans les exigences d'adéquation, de justification et de proportionnalité, qui fixent le mode d'interprétation des atteintes portées aux droits fondamentaux⁵ **(II)**.

C'est à l'aune de ces deux approches que sont jugés les faits de vie privée (ou vie personnelle) du salarié confronté aux reproches de l'employeur, bien que la différence de fondement soit plus marquée en droit français qu'en droit allemand, sans doute en raison des conséquences qu'elles entraînent **(III)**.

I - L'OBLIGATION DE LOYAUTÉ (*RÜCKSICHTNAHMEPFLICHTEN*)⁶

Le point de départ de cette analyse réside dans le constat qu'une relation de travail ne se limite pas à un simple échange entre la prestation de travail et la rémunération. Elle comporte également une obligation réciproque de loyauté, accessoire des obligations principales, comme c'est généralement le cas de toute relation contractuelle.

En droit allemand, cette obligation réciproque de loyauté est énoncée dans le § 241, alinéa 2 du Code civil allemand (ci-après BGB) qui prévoit que le rapport d'obligation peut, par son contenu, obliger chaque partie à respecter les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie. Cette disposition, également présente dans le droit français⁷, engage donc l'employeur et les salariés, ces derniers étant ainsi tenus de prendre en considération les intérêts (légitimes) de l'employeur qui découlent du contrat de travail et de la relation de travail. Ces intérêts n'ont pas un caractère général et ne se réfèrent pas au comportement global du salarié.

Il est ici plutôt question des intérêts opérationnels et commerciaux de l'employeur, en l'occurrence du bon fonctionnement de l'entreprise, de l'interaction des salariés au sein de l'entreprise, de la relation de confiance avec les salariés, de la préservation de la réputation de l'entreprise⁸. Ainsi, le salarié doit s'abstenir d'exercer toute activité extra-professionnelle ayant une incidence (négative) sur lesdits intérêts de l'employeur.

5 On reconnaît ici les éléments énoncés par l'article L. 1121-1 du Code du travail français. Mais bien au-delà du droit français, ces éléments servent de grille d'interprétation en cas de conflit de loi entre droits fondamentaux. Sont ici en cause le droit d'entreprendre de l'employeur, et le droit à la vie privée et familiale du salarié, c'est-à-dire des droits constitutionnellement et internationalement reconnus.

6 § 241, alinéa 2, BGB (Code civil allemand).

7 Article L. 1222-1, Code du travail français.

8 Voir Von Steinau-Steinrück/Burmann, NJW-Spezial 2018, p. 626 ; B. Bossu, « Loyauté et contrat de travail », in F. Petit (dir.), *Droit et loyauté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015 ; Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, *Bonne foi*, Répertoire de droit civil, Dalloz, 2017.

Par conséquent, une violation de cette obligation n'entrera en ligne de compte que si elle est rattachée à la relation de travail et entraîne des incidences sur celle-ci au regard de l'obligation de loyauté (*Rücksichtnahmeobliegenheiten*) précédemment décrite. L'analyse judiciaire s'opère *in concreto* en fonction des faits.

Le contentieux peut résulter de différentes hypothèses, parmi lesquelles le licenciement lié à un comportement extra-professionnel **(A)**, l'utilisation d'équipements professionnels ou de connaissances acquises dans l'entreprise **(B)**, ou la perte des capacités d'exercice **(C)**.

A - LICENCIEMENT LIÉ À UN COMPORTEMENT EXTRA-PROFESSIONNEL

Ainsi en est-il d'un salarié, employé au sein de la *Bundesagentur für Arbeit* (Agence fédérale pour l'emploi), où il était chargé du calcul et du versement des allocations chômage aux sans-emploi. Il fut condamné à une peine d'emprisonnement de 18 mois pour s'être livré au trafic de drogue en dehors de son temps de travail. La Cour fédérale du travail a notamment estimé que le fait que le salarié ait vendu de la drogue dans le quartier où était également située l'Agence pour l'emploi constituait une atteinte concrète à la relation de travail⁹. Il existait un risque que les deux « clientèles » (acheteurs de drogue / bénéficiaires d'allocations chômage) se recoupent.

Cette affaire allemande peut être comparée à une décision française, qui a donné lieu à un arrêt du 29 septembre 2014 dans lequel une salariée, médecin de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie, était soupçonnée d'avoir dissimulé à son employeur une mise en examen pour escroquerie en bande organisée, commise en dehors de son activité professionnelle, notamment pour des faits intéressant le paiement de prestations de sécurité sociale¹⁰.

On retrouve des faits quasiment identiques dans un arrêt du 16 janvier 2019¹¹, dans lequel deux salariés d'une entreprise spécialisée dans le domaine de la santé, respectivement embauchés comme conseiller et superviseur, ont été licenciés pour faute grave à la suite de la découverte d'agissements frauduleux accomplis dans le cadre de leur vie privée, mais grâce aux connaissances et compétences acquises dans leur exercice professionnel. De plus, les fraudes étaient commises au détriment d'un client de leur employeur.

Dans cette affaire, la Cour de cassation a approuvé la décision de la Cour d'appel qui considérait que les agissements des salariés « se rattachaient à la vie de l'entreprise et constituaient, compte tenu des fonctions assumées par les salariés, un manquement manifeste à l'obligation de loyauté et pouvaient justifier un licenciement disciplinaire ».

9 BAG du 10/4/2014 - 2 AZR 684/13.

10 Cass. Soc., 29 sept. 2014, n°13-13661, obs J. Mouly, *Dr. Soc.* 2014, p. 957, et N. Moizard, *RDT*, 2014, p. 762.

11 Cass. Soc., 16 janvier 2019, n°17-15002 et n°17-15003, Rejet.

B - UTILISATION D'ÉQUIPEMENTS PROFESSIONNELS OU DE CONNAISSANCES ACQUISES DANS L'ENTREPRISE

Dans l'affaire allemande ici retenue, le salarié occupait un poste au sein de la direction d'un organisme social. Une perquisition à son domicile avait conduit à la confiscation d'un ordinateur portable, mis à sa disposition par son employeur, sur lequel des fichiers à caractère pédopornographique étaient stockés. La Cour d'appel du travail de Mecklembourg-Poméranie Occidentale¹² considéra qu'un licenciement pouvait être justifié dans un tel cas. L'utilisation d'appareils appartenant à l'employeur, en vue de commettre des infractions, était en soi de nature à justifier un licenciement pour motif grave. Tel est également le cas lorsque les infractions ont été commises en dehors du lieu et du temps de travail.

La jurisprudence française contient également un certain nombre de décisions relatives à l'usage d'ordinateurs ou autres matériels mis à la disposition des salariés¹³.

A titre d'exemple, il faut citer une décision relative à des faits plus atypiques relevant également d'agissements délictueux. Dans cette affaire, un gardien de château avait profité de sa situation professionnelle (accès à toutes les caves et dépendances du château) et de l'absence du propriétaire qui vivait en Grèce, pour fabriquer de l'alcool et du vin de manière illicite. Mis à jour par le service des douanes, ce trafic d'alcool avait parallèlement donné lieu à une condamnation pénale¹⁴.

En l'espèce, la Cour de cassation a jugé que « la Cour d'appel, qui a constaté que le salarié avait profité de ses fonctions de gardien et de la confiance de l'employeur, pour stocker et fabriquer de façon illicite de l'alcool dans les dépendances du château, dans des conditions telles qu'elles impliquaient un véritable trafic, a pu décider que cette utilisation abusive des moyens mis à sa disposition dans des conditions susceptibles de mettre en cause l'employeur, se rattachait à la vie de l'entreprise, était de nature à y rendre impossible le maintien de l'intéressé et constituait une faute grave ».

C - PERTE DES CAPACITÉS D'EXERCICE

Dans certains cas, des comportements personnels peuvent avoir des conséquences directes sur la vie professionnelle et mettre en cause les capacités de travail du salarié, par exemple lorsqu'un chauffeur professionnel perd son permis de conduire¹⁵. Dans ce type de situation, le juge allemand, comme le juge français, vérifiera que le licenciement constituait un ultime recours et qu'il n'y avait pas de possibilité de maintenir le salarié dans son emploi, même sur un autre poste¹⁶.

12 LAG Mecklenburg/Vorpommern (Cour d'appel du travail de Mecklembourg-Poméranie Occidentale) du 10/12/2013 - 5 Sa 113/13.

13 Cass. Crim., 19 mai 2004, n°03-83953, D. 2004, Somm. 2748, obs. B. de Lamy.

14 Cass. Soc., 17 novembre 2011, n°10-17950.

15 Cour Fédérale du travail, BAG du 30/5/1978 - 2 AZR 630/76. Voir aussi LAG Hessen (Cour d'appel du travail de Hesse) du 1/7/2011 - 10 Sa 245/11 ; Cass. Soc., 28 fév. 2018, n°17-11334.

16 Voir notamment LAG Mecklenburg/Vorpommern du 4/7/2007 - 2 TaBV 5/07.

Dans le même ordre d'idée, la Cour de cassation a récemment décidé que commet une faute grave le sportif de haut niveau, refusant de suivre les traitements prescrits par le médecin de son équipe sportive, alors qu'il est en arrêt maladie suite à un accident du travail¹⁷.

Dans tous ces cas, les licenciements sont « justifiés » en droit allemand et qualifiés de « fautifs » en droit français. Dans d'autres situations, le licenciement peut être « justifié » du point de vue allemand, mais pas forcément « fautif » - ni même justifié par une cause réelle et sérieuse - en droit français. On quitte alors une obligation contractuelle pour la notion de « trouble caractérisé au sein de l'entreprise ».

II - LE TROUBLE CARACTÉRISÉ ET LA PERTE DE CONFIANCE

A - TROUBLE CARACTÉRISÉ AU SEIN DE L'ENTREPRISE

Il n'est plus question ici d'infraction pénale, mais de faits relevant de la vie privée qui peuvent avoir un impact sur la vie professionnelle. Un cas d'espèce, pris dans la jurisprudence allemande, mérite d'être cité bien que la comparaison avec le droit français soit plus difficile.

Dans cette affaire, un imprimeur employé dans les finances publiques avait, durant son temps libre, rédigé et fait circuler sur Internet des lettres d'information périodiques contenant de la propagande pour le NPD, parti d'extrême-droite non interdit. Les services de sécurité avaient attiré l'attention du directeur de l'administration sur les activités dudit salarié dans les milieux d'extrême-droite et l'administration des finances prononça son licenciement. La Cour Fédérale du travail¹⁸ valida le licenciement pour motif personnel, considérant que le salarié faisait preuve d'un manque de fidélité à la Constitution, requise pour tout emploi dans la fonction publique. Certes, le degré de loyauté exigé à cet égard différait selon la position occupée au sein de la hiérarchie de l'administration. Néanmoins, les salariés occupant des postes de moindre responsabilité devaient également faire preuve d'un minimum de fidélité à la Constitution. Tel n'était pas le cas de l'imprimeur.

Cette décision s'éloigne du droit français dans la mesure où, d'une part la fonction publique ne relève pas du droit du travail, et d'autre part, le phénomène dit des « entreprises de tendance » n'y est également pas développé.

Cependant, on peut citer l'arrêt dit du « sacristain homosexuel » d'une église catholique intégriste¹⁹. Précisément, dans cette affaire, la Cour de cassation avait posé la règle selon laquelle « il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ». En l'occurrence, le trouble n'avait pas été caractérisé et le licenciement a été jugé sans cause réelle et sérieuse.

17 Cass. Soc., 20 février 2019, n°17-18912, Rejet ; obs. J. Mouly, *Dr. Soc.*, 2019, p. 363.

18 BAG du 6/9/2012 - 2 AZR 372/11.

19 Cass. Soc., 17 avril 1991, Bull., n°201.

B - PERTE DE CONFIANCE

En France, pendant longtemps, la simple perte de confiance invoquée par l'employeur suffisait à justifier le licenciement. Les juges se montraient peu exigeants sur les motifs de cette perte de confiance. Un arrêt du 29 novembre 1990 est venu mettre un coup d'arrêt à cette jurisprudence, considérant que la perte de confiance ne peut constituer en soi un motif de licenciement et qu'elle doit nécessairement reposer sur des éléments objectifs²⁰. Le juge allemand semble également rechercher cette cause objective, mais il le fait toujours sur le fondement de l'obligation de loyauté.

Prenons ici comme exemple une affaire jugée par la Cour d'appel du travail de Berlin-Brandebourg²¹ concernant une salariée cadre dirigeante dans une banque. Dans le cadre d'une transaction immobilière, elle avait effectué plusieurs versements en espèces, à hauteur de plusieurs milliers d'euros, auprès de divers guichets bancaires. Or, en tant qu'établissements de crédit, les banques sont tenues, en application de la loi relative au blanchiment d'argent, de prendre des mesures de sécurité internes, notamment pour ne pas être utilisées à des fins de blanchiment d'argent. Ces mesures de sécurité comprennent entre autres des techniques permettant de contrôler la fiabilité des salariés. Informée des versements anormaux en espèces effectués par sa salariée, la banque en question prononça son licenciement pour soupçon de blanchiment d'argent.

La Cour d'appel a validé le licenciement, au motif que la banque était légalement tenue de prêter une attention particulière au blanchiment d'argent, et a considéré qu'il en découlait, pour les salariés, une obligation contractuelle accessoire leur interdisant de prendre part à des transactions ou opérations mettant en cause leur fiabilité au sens défini par la loi, que ce soit dans le cadre du travail ou en dehors de celui-ci.

En France, les juges auraient probablement conclu en l'espèce à un manquement à une obligation contractuelle. En effet, il semble que l'on soit plutôt sur le terrain de la perte de confiance. Les faits ici évoqués rappellent d'autres affaires, en particulier celles concernant un cadre qui avait fait des chèques sans provision²², ou un autre qui avait souscrit des emprunts dans plusieurs établissements bancaires au point d'être insolvable²³. Dans ces affaires, les licenciements avaient été prononcés pour perte de confiance, les juges considérant toutefois que ces comportements n'avaient pas provoqué de trouble caractérisé au sein de l'entreprise.

Bien que ces exemples soient anciens, on peut penser que la décision des juges serait identique aujourd'hui mais se fonderait plus probablement sur l'article L. 1121-1 du Code du travail²⁴. Si les faits n'ont pas de rattachement direct avec les fonctions exercées, le juge français considère en effet ne plus se trouver sur le terrain des obligations contractuelles excluant de ce fait le licenciement pour faute.

20 Cass. Soc., 29 nov. 1990, 1991, 190, note J. Pélissier.

21 LAG Berlin-Brandenburg (Cour d'appel du travail de Berlin-Brandebourg) du 23/10/2014 - 21 Sa 800/14 ; Cour fédérale du travail, BAG du 25/4/2018 - 2 AZR 611/17.

22 Cass. Soc., 30 juin 1992, 1992, p. 209.

23 Cass. Soc., 16 déc. 1998, n°96-43540, 1999, p. 19.

24 « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir, ni proportionnées au but recherché ».

Cependant, un licenciement peut avoir une cause réelle et sérieuse, si elle est « justifiée » par des éléments objectifs. Ces derniers exemples laissent à penser que si le fait d'effectuer des chèques sans provision ne justifie pas un licenciement, en revanche le soupçon de blanchiment d'argent, fondé sur des règles bancaires particulières, pourrait être analysé comme une cause réelle et sérieuse de licenciement par le juge français.

Il semble donc que sur des fondements différents les juges français et allemands parviennent à des solutions peu éloignées.

III - ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE COMPARÉE

En droit allemand, comme en droit français, il convient de différencier globalement deux situations différentes, selon que le salarié a commis ou non une faute rattachable à son contrat de travail. La faute commise dans le cadre de la vie privée est prise en compte dès lors qu'elle viole une obligation accessoire, reconnue dans les deux systèmes juridiques comme obligation de loyauté (*Rücksichtnahmepflichten*), assimilable à la bonne foi contractuelle. Il faut donc que le comportement extra-professionnel du salarié se rattache à la relation de travail, autrement dit que ce comportement ait des incidences négatives sur le travail ou l'entreprise, ce qu'il appartient au juge de vérifier.

À cet égard, les infractions commises en dehors du temps et du lieu de travail, et sans aucun lien avec la relation de travail, restent sans pertinence.

Comme vu ci-dessus, ce lien avec la relation de travail peut être de différente nature. Il peut notamment résulter du fait que l'infraction commise a un lien avec l'entreprise (trafic de drogue, fabrication illicite d'alcool, fraude aux droits de l'entreprise, etc.)²⁵. De même, le lien avec la relation de travail est évident lorsque le matériel de l'entreprise est utilisé pour commettre des infractions. Mais ce lien peut également découler du fait que les victimes d'un délit sexuel sont précisément les enfants d'un collègue²⁶.

Parmi d'autres exemples, citons le fait qu'un enseignant doit adopter un comportement correct à l'égard de ses élèves également en dehors de l'école et pendant son temps libre²⁷; un steewart ne peut pas consommer de la drogue au cours d'une escale alors que les effets se ressentiront après sa reprise de travail²⁸; un salarié peut être licencié pour avoir laissé son chien dans sa voiture sur le parking de l'entreprise alors qu'une salariée a été mordue sur ce parking²⁹.

En l'absence de faute rattachable au contrat de travail, il semble que les analyses opérées par les juges des deux côtés du Rhin divergent, du moins sur leur fondement légal.

25 BAG du 6/11/2003 - 2 AZR 631/02.

26 BAG du 27/1/2011 - 2 AZR 826/09.

27 LAG Berlin du 15/12/1989 - 2 Sa 29/89.

28 Cass. Soc., 27 mars 2012, n°10-19915.

29 Cass. Soc., 4 oct. 2011, n°10-18862.

En Allemagne, dans les licenciements prononcés pour motif lié à la personne du salarié, le juge recherche toujours le lien avec une forme de loyauté qui impose une certaine fidélité du salarié à l'entreprise, même dans sa vie privée. Ainsi, lorsqu'un salarié de la fonction publique diffuse des écrits racistes dans le cadre de sa vie privée, il porte atteinte aux valeurs défendues par son employeur³⁰. Ces cas recouvrent également des situations telles que celles relatives au blanchiment d'argent, où la probité et la correction d'un salarié du secteur privé sont mises en cause par des activités extra-professionnelles. Ces agissements peuvent en effet entraîner une perte de confiance de l'employeur, susceptible de détruire les bases nécessaires au maintien de la relation de travail.

Ainsi, pour apprécier si des actes commis par des salariés sont de nature à justifier un licenciement, il importe peu que ceux-ci aient eu lieu pendant ou en dehors de l'exécution du travail. Il convient plutôt d'examiner si leurs conséquences ont eu un impact sur la relation de travail. Dès lors, ce n'est pas le « lieu » de la source perturbatrice qui est déterminant, mais son incidence sur la relation de travail. Toutefois, cette dernière doit être interprétée au sens large, en tenant compte des intérêts de l'employeur/entrepreneur liés à l'entreprise (c'est-à-dire l'intégrité, la réputation, la paix dans l'entreprise, mais aussi la relation de confiance) en application du § 241, alinéa 2 BGB.

La détermination de la portée, comme des limites, des intérêts de l'employeur revêt ici un rôle essentiel dans la mesure où ces intérêts se heurtent aux espaces de liberté du salarié, qui découlent du droit de la personnalité. Il conviendra par conséquent d'évaluer les différents intérêts en prenant en considération le fait que, par la conclusion du contrat de travail, le salarié s'est lui-même lié à son contenu - là aussi au sens large du terme.

Parallèlement, l'employeur ne pourra pas bénéficier d'un champ de protection tel que ses intérêts pertinents seraient considérés comme absolus. A titre d'exemple, la « paix dans l'entreprise » ne signifie pas que toute situation conflictuelle sera éliminée au sein de l'entreprise. Dans tous les cas, les positions de protection de l'employeur devront être déterminées en fonction de la situation individuelle, selon le type d'entreprise, les fonctions exercées par le salarié concerné ; autrement dit les circonstances de la cause.

Depuis 1992, le juge français dispose d'un texte spécial, l'article L. 1121-1, qui écarte la qualification de faute et oblige à rechercher l'adéquation, la justification et la proportionnalité. Le juge doit donc faire, comme en Allemagne, une analyse *in concreto* des faits et du contexte de l'affaire qui a donné lieu au licenciement.

La plus grande différence réside probablement dans les conséquences de la qualification du licenciement. Les deux systèmes diffèrent de manière radicale sur ce point. En droit allemand, si le licenciement est « justifié », le salarié ne sera pas indemnisé ; mais s'il ne l'est pas, le salarié devra être réintégré. Le droit français a une vision plus indemnitaire du licenciement, la réintégration étant rarement de droit. Le juge peut la proposer mais si l'une des parties refuse (l'employeur), la réintégration ne sera pas prononcée. En revanche, les indemnités varient selon que le licenciement a, ou pas, une cause réelle et sérieuse et que le salarié a, ou non, commis une faute. La qualification de la faute a donc des conséquences très importantes en droit français, avec des gradations selon son importance.

30 BAG du 14/2/1996- 2 AZR 274/95.

En conclusion, il faut reconnaître que, ni dans le droit allemand, ni dans le droit français, il n'existe de barrière étanche entre la vie professionnelle et la vie personnelle.

Au contraire, des obligations contractuelles, notamment l'obligation de loyauté, limitent le comportement du salarié également en dehors du travail. La portée et les limites de ces obligations sont des éléments déterminants pour l'appréciation d'actes commis en dehors du travail et pour les conséquences qu'elles entraînent.

Cependant, on peut constater que le juge allemand a une vision plus concrète des faits, ce n'est pas le lieu où a été commis un acte dommageable qui importe, mais celui de son effet. Le juge français reste plus attaché à la notion objective de vie privée et donc au moment où se produit le fait dommageable pour l'entreprise.

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