



HAL
open science

Liberté de religion et non discrimination en droit du travail français

Fleur Laronze

► **To cite this version:**

Fleur Laronze. Liberté de religion et non discrimination en droit du travail français. Libertad religiosa y no discriminacion en el ambito laboral, 2016. hal-02161636

HAL Id: hal-02161636

<https://hal.science/hal-02161636>

Submitted on 13 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Liberté de religion et Non-discrimination en droit du travail français

De Fleur Laronze

Maître de conférences de droit privé

Université de Haute Alsace - UMR 7354 DRES Université de Strasbourg

Résumé

Le droit français propose une lecture intéressante du fait religieux en entreprise, au gré des affaires portées devant le juge social, des expérimentations d'entreprise et des points d'achoppement avec les autres droits. La « question religieuse » qui semble tant redoutée, ouvre une réflexion juridique rénovée des rapports entre les normes étatiques et privées, d'une part, et entre les normes étatiques et européennes, d'autre part. Cette réflexion se révèle indispensable à l'appréhension des problèmes réellement posés par l'exercice de la liberté de religion dans l'entreprise afin d'apporter des solutions adaptées.

Mots-clés

Fait religieux - proportionnalité – non-discrimination - règlement intérieur - liberté fondamentale - intérêt de l'entreprise - charte de la diversité

La liberté de religion est appréhendée, en droit français, comme un droit civil et politique, un droit-liberté que l'État doit garantir. Une vision plus sociologique révèle que l'importance accordée à son « traitement juridique »¹ dépasse de loin la réalité sociale. Une étude menée en 2015 montre que seul 23% des managers interrogés rencontrent des difficultés avec la question du fait religieux en entreprise, sachant que 92% des répondants parmi les salariés d'entreprises privées affirment ne pas être gênés par la pratique religieuse de collègues. Il est alors surprenant de lire dans la même étude l'interprétation suivante des données recueillies : « *près d'un quart (23 %) des personnes interrogées déclare rencontrer régulièrement - de façon quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle - la question du fait religieux*

¹ Pour l'illustrer les très nombreuses publications sur la place du fait religieux dans l'entreprise et plus particulièrement dans le cadre de l'affaire Baby Loup : J.-F. AKANDJI-KOMBE, « La valse Baby-Loup, troisième temps : la laïcité dans l'entreprise privée à droit forcé », *Cah. soc.*, 1er févr. 2014, n° 260, p. 90 ; P.-H. ANTONMATTEI, « Le port de signes religieux dans l'entreprise : au-delà de Baby-Loup », *Sem. soc. Lamy*, suppl. 23 déc. 2013, n° 1611, p. 9 ; G. CALVES, « La chambre sociale de la Cour de Cassation face à l'affaire Baby Loup. Trois leçons de droit, et un silence assourdissant », *Respublica*, 21 mars 2013 ; I. DESBARATS, « Affaire Baby Loup : laïcité fragilisée ou liberté religieuse renforcée ? », *JCP S* 2013, n° 29, p. 1297 ; R. Schwartz, « La laïcité paradoxalement consacrée », *Sem. soc. Lamy* 2013, n° 1577, p. 8 ; C. RADE, « L'après Baby Loup », *D.* 2014, p. 1536.

dans l'entreprise, (contre 12 % en 2014), soit une proportion deux fois plus élevée. Des résultats 2015 qui marquent une affirmation de la manifestation de cette question dans la vie professionnelle », pour en conclure qu' « une entreprise sur deux fait face régulièrement au fait religieux, dont 23 % fréquemment et 88 % des cas rencontrés ne génèrent pas de conflit »². Si la lecture de ces données relève d'une grille ou d'un codage ne reposant pas sur des critères scientifiques, il est tout de même intéressant de constater que plus de 80% des managers interrogés ne prennent pas en compte la pratique religieuse des salariés dans l'organisation du travail.

La prégnance dans les débats juridiques (ou entre juristes) de la question du fait religieux, de sa gestion dans l'entreprise pour reprendre une expression entendue, apparaît surdimensionnée par rapport à l'intérêt porté réellement à cette question par les entreprises³. Aussi bien l'existence des problèmes (conflits) liés à la religion que les mécanismes déployés en entreprise révèlent la part mineure occupée, de facto, par la religion dans la relation de travail. Elle est entretenue par des confusions dans l'esprit des citoyens entre les concepts de laïcité, de radicalisation, de diversité religieuse, l'islam étant trop souvent au cœur de la polémique politique et juridique. Autrement dit, la religion et par extension la liberté de religion susceptible d'être exercée par les salariés dans l'entreprise, s'inscrit dans un discours politico-juridique déconnecté de la réalité sociale. L'Observatoire du fait religieux en entreprise comme l'expression fréquemment employée de « fait religieux »⁴ semblent vouloir corriger cette distorsion entre le fait et le droit. Les points de rencontre entre ces deux dimensions attireront plus particulièrement notre attention.

En droit français, deux dispositions législatives sont classiquement mobilisées afin d'assurer la protection de l'exercice de la liberté de religion dans l'entreprise privée. Les articles L. 1121-1 et L. 1132-1 du code du travail prévoient pour le premier le principe de proportionnalité et de justification en cas d'atteinte portée à une liberté individuelle ou collective des salariés par une décision de l'employeur, et pour le second le principe de non-

² Étude de l'Institut Randstad (du groupe Randstad France), 2015, disponible sur : http://www.grouperandstad.fr/wp-content/uploads/2015/04/Livret-Institut-Randstad-OFRE_fait-religieux-en-entreprise.pdf

³ A rapprocher du constat réalisé par la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans son avis en date du 26 septembre 2013 : « Les auditions menées par la CNCDH ont montré que si, dans les entreprises, on constate depuis quelques années une montée des revendications relatives à l'expression religieuse, on note par ailleurs que, d'une manière générale, ces revendications sont réglées de manière pragmatique, au cas par cas, et qu'elles n'entravent pas le bon fonctionnement de l'entreprise. D'après les constats réalisés par les syndicats membres de la CNCDH, mais aussi d'après l'Observatoire du fait religieux en entreprise, les conflits liés à des questions religieuses restent très marginaux ».

⁴ V. Dossier sur « Communautarisme et fait religieux dans les relations de travail », sous la direction de N. MAGGI-GERMAIN, *Dr. soc.* 2015, p. 660 et s.

discrimination. Il s'agit de règles de conflit ou règles d'articulation permettant de résoudre les conflits entre les droits subjectifs (ceux reconnus d'une part, à l'employeur et, d'autre part, au salarié). Il est même possible de les qualifier, indépendamment de leur transcription dans un texte de droit français, de règles de système dans la mesure où ces principes peuvent articuler les sources émanant d'ordres juridiques différents (sources privée, étatique et européenne). L'articulation entre les sources privée et étatique souligne le rôle du juge correcteur, chargé de contrôler les dispositifs mis en place dans les entreprises (1.) alors que l'articulation entre les sources étatique et européenne fait ressortir les pouvoirs limités du juge créateur/ordonnateur (2.) concernant la religion du salarié.

1. L'articulation entre les sources privée et étatique concernant la religion du salarié

La liberté de religion du salarié est envisagée comme l'expression d'un intérêt susceptible d'entrer en conflit avec l'intérêt de l'entreprise. Des solutions de conflit sont recherchées et émanent du juge qui mobilise des règles de conflit afin de parvenir à un équilibre des intérêts. La recherche de conciliation des intérêts révèle la complexité des relations entre les sources étatiques et privées dont l'articulation n'est pas toujours aisée. Alors que la loi prévoit des dispositions protégeant et encadrant l'exercice des libertés, les normes de l'entreprise soulignent les choix politiques et idéologiques de l'employeur et leur conformité doit être appréciée à la lumière des règles étatiques. Le principe mis en œuvre est celui de la protection de la liberté de religion garanties par les normes étatiques (1.1.), l'exception relevant des limites susceptibles d'être imposées par des normes privées (1.2.).

1.1. La protection de la liberté du salarié par les sources étatiques

Afin d'éclairer la perspective étatique, le professeur Supiot propose une analyse de la relation entre travail et religion sur le plan anthropologique. « *Le travail et la religion se présentent en droit contemporain comme deux registres différents de la vie humaine, tous deux légitimes et méritant une protection légale, mais qui doivent interférer le moins possible l'un sur l'autre. Là où de telles interférences se font jour, il faut s'efforcer de concilier la liberté de tout croyant de pratiquer sa religion avec la nécessité de soumettre les collectivités de travail*

à des règles communes »⁵. La rencontre entre le travail et la religion se prolonge dans « *la collision entre les dimensions publique-privée du religieux* »⁶. L'expression de la religion sur le lieu de travail correspond à la dimension publique du religieux opposée à la croyance privée. Ce conflit entre le travail et la religion, entre la dimension publique et privée du religieux se traduit également dans la distinction entre l'entreprise ordinaire (1.1.1.) et l'entreprise de tendance (1.1.2.).

1.1.1. La liberté consacrée du salarié dans l'entreprise ordinaire

La règle de principe applicable dans l'entreprise privée est celle de la protection des libertés fondamentales. La liberté de religion est garantie dans ses deux versants : la liberté du for intérieur et la liberté de manifester sa religion.

Le salarié dispose d'abord de la liberté de pensée et de conscience, la croyance subjective, l'une des facettes de la liberté de religion, qui relève du for intérieur. Celle-ci ne peut souffrir d'aucune limite. L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales protège « *la liberté de pensée, de conscience et de religion* », ce qui implique, selon cet article, « *la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction* ». La liberté de religion dans son for intérieur apparaît effectivement protégée puisqu'elle est distinguée de la liberté de manifester sa religion.

Ensuite, la liberté d'expression de la religion ou la religion extériorisée peut, quant à elle, être restreinte par des motifs qui doivent être justifiés par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. La liberté d'expression religieuse est une déclinaison de la liberté d'expression et en cela elle est protégée, à la manière d'une liberté fondamentale. Un arrêt de principe rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 28 avril 1988 a considéré, s'agissant d'un salarié qui avait critiqué ses conditions de travail lors d'un entretien avec un journaliste rapporté dans un quotidien, que « *l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude* »⁷.

⁵ « La religion au travail », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean HAUSER*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 1031.

⁶ A. SUPIOT, loc. cit., spéc. p. 1041.

⁷ Cass. soc., 28 avril 1988, « Clavaud », n° 87-41.804, *Bull. civ. V*, n° 257 ; *Dr. ouvrier* 1988. 250, note A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT ; *Dr. soc.*, 1988, 428, concl. H. ECOUTIN, obs. G. COUTURIER. Cass. soc., 28 avril 2011, n° 10-30.107, *Bull. civ. V*, n° 96 ; *D.* 2011, p. 1288, obs. A. ASTAIX.

En outre, l'article 6 du projet de réforme du droit du travail⁸, inclus dans le futur préambule du code du travail (sur les principes essentiels du droit du travail) dispose que « *la liberté du salarié de manifester ses convictions, y compris religieuses, ne peut connaître de restrictions que si elles sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ». Avec l'adoption de cette réforme, la liberté de religion entrerait officiellement dans le code du travail. Mais avant même d'être garantie, ce sont bien les limites éventuellement applicables à cette liberté qui sont présentées dans la future loi. La formulation retenue ne révèle en effet aucune ambiguïté. Or, l'article L. 1121-1 du code du travail est rédigé dans un sens opposé en précisant que « *nul ne peut porter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

1.1.2. La liberté conditionnée du salarié dans l'entreprise de tendance

Dans le cadre d'une entreprise de tendance, l'exception applicable à une entreprise ordinaire (limitation de la liberté de pensée, de conscience et de religion) devient la règle. Les entreprises de tendance sont définies dans l'avis du 26 septembre 2013 sur la laïcité, rendu par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), comme des entreprises dans lesquelles « une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée. Autrement dit, l'objet essentiel de l'activité de ces entreprises est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique »⁹. Il peut s'agir par exemple d'un établissement d'enseignement religieux, d'une association, d'un parti politique, d'une organisation syndicale. Si un employeur peut imposer le respect des valeurs spécifiques à son établissement par tout salarié nouvellement recruté, il ne doit pas pour autant agir de manière discriminatoire. C'est la directive européenne 78/2000/CE du 27 novembre 2000 en matière d'égalité de traitement (qui correspond à la discrimination selon une approche propre au droit de l'Union européenne) qui admet la possibilité pour les États de prévoir des différences de traitement fondées sur la religion ou la conviction d'une personne, non constitutives d'une discrimination dans le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique

⁸ à l'œuvre à la date de remise de la présente contribution. Voir Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, déposé par le ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, El KHOMRI, texte n° 3600, enregistré à l'Assemblée Nationale le 24 mars 2016.

⁹ CNCDH, ass. plén., avis du 26 septembre 2013, JORF n° 0235 du 9 octobre 2013.

est fondée sur la religion ou les convictions¹⁰. Il est cependant exigé que par la nature des activités ou le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation¹¹. Également, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le licenciement d'un employé d'une Église en raison d'un adultère était justifié¹². Bien que reposant sur un motif d'ordre privé (susceptible de caractériser une discrimination), « *la nature particulière des exigences professionnelles imposées au requérant résulte du fait qu'elles ont été établies par un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* »¹³.

En France, les affaires intéressant une entreprise de tendance sont peu nombreuses. La plus topique est celle du sacristain homosexuel, ayant fait l'objet d'un arrêt notable de la Chambre sociale de la Cour de cassation. Dans cette affaire opposant l'association Fraternité Saint Pie X et un sacristain, il était reproché à ce dernier d'être homosexuel ce qui avait justifié, pour l'association, son licenciement en raison de ses mœurs contraires aux principes de l'Église catholique¹⁴. Rappelant l'interdiction pour un employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs ou de ses convictions religieuses, la Cour de cassation invite les juges du fond à démontrer l'existence d'un trouble objectif au sein de l'association en raison des agissements du salarié et s'appuie sur l'absence de preuve directe de ce trouble pour invalider le licenciement¹⁵. Le raisonnement retenu par la Haute Cour peut être qualifié sans aucun doute d'opportunité. Tout en précisant la méthodologie des règles à appliquer face à une entreprise de tendance (la caractérisation d'un trouble objectif résultant de faits d'ordre personnel du salarié), la Cour de cassation pose une limite qui est celle de la discrimination. Antérieurement à cet arrêt, la position de la jurisprudence sociale n'était pas unifiée. Dans les années 70, le juge social ne distingue pas dans ses arrêts la situation des entreprises ordinaires et celle des entreprises de tendance. L'arrêt « Dame Roy » du 19 mai 1978 consacre l'approche contractuelle (et même civiliste) de la relation de travail, selon laquelle les convictions religieuses étaient un élément de l'accord entre les parties qui « *reste habituellement en dehors des rapports de travail (qui) avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était*

¹⁰ Directive 78/2000/CE, art. 4, alinéa 2.

¹¹ Ibid.

¹² CEDH « Obst c/. Allemagne », 23 sept. 2010, *RDT* 2011, p. 45, obs. J. COUARD ; *JCP G* 2010. 1006, obs. M. LEVINET.

¹³ CEDH « Obst c/. Allemagne », préc., §51.

¹⁴ Cass. soc., 17 avril 1991, n° 90-42636, *Bull. civ.*, V., n° 201 ; *Dr. soc.* 1991, p. 485, note J. SAVATIER ; *D.* 1991, IR, p. 140 ; *Gaz. Pal.* 1991, 2, p. 474, note O. ECHAPPE ; *JCP* 1991, II., p. 21724, obs. A. SERIAUX.

¹⁵ Ibid. Le comportement du salarié n'était connu « que d'un petit nombre de fidèles et n'avait été relevé par l'employeur que par des indiscretions ».

devenu partie essentielle et déterminante »¹⁶. Dès lors, l'établissement privé d'enseignement catholique qui licencie la salariée en raison de son remariage après divorce ne commet pas une faute en invoquant le principe de l'indissolubilité du mariage. Il a agi en vue de sauvegarder « *la bonne marche de son entreprise en lui conservant son caractère propre et sa réputation* »¹⁷. C'est donc le contrat de travail qui peut prévoir des spécificités liées aux fonctions du salarié et au but recherché par l'entreprise, limitant ainsi les libertés individuelles et collectives. L'accord du salarié donné lors de la conclusion de son contrat de travail peut alors justifier une telle limitation, acceptée dès l'embauche. Et, le non-respect d'une clause contractuelle par le salarié justifie son licenciement¹⁸.

Un arrêt tente de souligner le particularisme des entreprises de tendance qui permet la mise à l'écart du principe de non-discrimination. La Cour de cassation considère que « *l'article L. 122-45 du Code du travail, (nouv. Art. L. 1132-1 du code du travail) en ce qu'il dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses convictions religieuses, n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement* »¹⁹. Les entreprises reposant sur des convictions religieuses justifient l'adaptation des règles légales applicables à la relation de travail. Avec l'arrêt de l'association Fraternité Saint Pie X mais également l'intervention du législateur, le principe de non-discrimination est restauré et constitue un rempart infranchissable quelle que soit le type d'entreprise. Le législateur a en effet adopté en 1992 une disposition essentielle pour régir l'articulation des libertés de l'employeur et du salarié. C'est l'article L. 1121-1 du code du travail qui autorise une analyse de la religion dans l'entreprise déconnectée du contrat de travail, une analyse désormais institutionnelle²⁰.

¹⁶ Cass. ass. plén. 19 mai 1978, n° 76-41211, *Bull. ass. plén.*, n° 1.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ D'autres illustrations de ce raisonnement peuvent être trouvées dans les arrêts suivants : Cass. soc., 16 oct. 1981, n° 79-41300 ; Cass. soc., 24 mars 1998, n° de pourvoi : 95-4473.

¹⁹ Cass. soc., 20 nov. 1986, n° 84-43243, *Bull. civ. V*, n° 555.

²⁰ Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-42286 : s'agissant d'un salarié dénommé Mohammed à qui il avait été demandé lors de son embauche de changer de prénom au motif que d'autres salariés portaient le même prénom. Or, « le fait de demander au salarié de changer son prénom de Mohamed pour celui de Laurent est de nature à constituer une discrimination à raison de son origine et alors que la circonstance que plusieurs salariés portaient le prénom de Mohamed n'était pas de nature à caractériser l'existence d'un élément objectif susceptible de la justifier ». Cass. soc., 19 mars 2013, « Baby Loup », préc., : « le règlement intérieur de l'association Baby Loup prévoit que « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche », ce dont il se déduisait que la clause du règlement intérieur, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail et que le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, était nul, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs visés à la lettre de licenciement ».

Dans les années 2000, les juges du fond remettent en cause la méthodologie proposée par la Cour de cassation et proposent un grand nombre de restrictions susceptibles d'être apportées à la liberté de religion. Ce mouvement « de fond » coïncide avec la réflexion sur le port du voile dans les établissements d'enseignement et dans les espaces publics. Une jurisprudence différente s'est donc formée afin d'encadrer les restrictions susceptibles d'être imposées à l'exercice de la liberté de religion du salarié.

1.2. Les limites à la liberté du salarié par les sources privées

Les limites à la liberté du salarié doivent être justifiées par des raisons dont la légitimité est appréciée par le juge (1.2.1.) mais les instruments de la limitation évoluent de plus en plus (1.2.2.), de sorte que le règlement intérieur mais également les chartes de conduite constituent des supports normatifs pouvant prévoir des dispositions en matière de religion ou de diversité dans l'entreprise.

1.2.1. La justification des limites à la liberté

L'instrument le plus fréquemment mobilisé dans le cadre du pouvoir de l'employeur afin d'encadrer la liberté de religion est le règlement intérieur. Mais d'autres outils existent et ont été mis en œuvre par des employeurs du secteur privé qui se sont réunis dans le cadre d'associations (comme l'Association nationale des directeurs des ressources humaines), ou ont constitué des instituts (Randstad) afin de dégager des études de « terrain » et accompagner les managers « confrontés » au fait religieux dans l'entreprise. Les moyens développés peuvent être envisagés comme une sur réaction du monde patronal alors que les outils juridiques existants permettent d'appréhender aisément la question religieuse dans l'entreprise. L'esprit de la laïcité contaminant l'espace social²¹ a animé ceux qui, inspirés par une morale bien-pensante, sans fondement scientifique, prétendent pouvoir dicter la conduite des autres et les

²¹ L'espace social (ou espace civil) selon la définition donnée par le Haut Conseil à l'intégration dans son avis en date du 1^{er} septembre 2011, vise « le domaine public de circulation et les entreprises privées ouvertes au public et aux usagers » se distingue de la sphère public « où s'appliquent, avec rigueur, les principes de laïcité et de neutralité qui concernent, au premier chef, les agents du service public (tels par exemple les professeurs de l'école publique, les magistrats...) mais également, lorsque la loi le prévoit expressément, en particulier pour des motifs de bon fonctionnement du service, les usagers, qui sont alors appelés à faire preuve de discrétion, voire de neutralité, dans l'expression de leur conviction religieuse ».

valeurs à suivre²². La religion est une partie essentielle de l'identité d'une personne et les parties à un contrat ne peuvent librement en disposer. Certes, les modalités d'exercice de la liberté de religion peuvent être encadrées et l'article L. 1121-1 du code du travail détermine les limites tolérables. Avec le rôle dévolu aux normes de l'entreprise, les juges font de moins en moins référence aux pratiques religieuses et vérifient si les justifications avancées par l'employeur (intérêt de l'entreprise, raisons de sécurité et de santé au travail) afin de restreindre la liberté du salarié de manifester sa religion sont proportionnées au but recherché (réalisation d'une commande, obtention ou maintien d'une clientèle, sécurité des salariés et des clients). Les techniques de management qui tendent à ne jamais se placer sur le terrain du discours religieux tout en stigmatisant la pratique religieuse sont ainsi contrôlées par le juge.

Le règlement intérieur peut prévoir une limitation des libertés des salariés, dans le respect du principe de non-discrimination et du principe de proportionnalité²³. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la validité des restrictions prévues par un règlement intérieur. Une des fameuses affaires que sa médiatisation a éclairé, l'affaire Baby Loup a donné lieu à plusieurs arrêts, s'agissant du licenciement d'une salariée travaillant dans une crèche qui portait le foulard islamique. La Cour de cassation, une première fois saisie, a pu considérer qu'était imprécise et générale, la clause du règlement intérieur indiquant que « *le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche* », de sorte que la restriction apportée à la liberté de religion n'était pas conforme au principe de justification et de proportionnalité²⁴. Dans un second temps, nouvellement saisie après la résistance de la Première cour d'appel de renvoi, la Cour de cassation statuant en formation plénière, semble se contredire quant à l'interprétation qu'elle retient. Or, la Haute Cour invite à « *apprécier de manière concrète les conditions de fonctionnement d'une association à dimension réduite, employant seulement dix-*

²² D. PITELET, président d'une agence spécialisée dans le conseil en communication et en réputation d'entreprises « Osons interdire la religion en entreprise », *Le Monde* 15 mars 2016.

²³ Principes rappelés dans l'article L. 1321-3 du code du travail.

²⁴ Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28845, Mme X, ép. Y c/ Assoc. Baby-Loup, *Gaz Palais* 25 avril 2013, n° 115, p. 5, note J. FICARA ; P. MBONGO, « Institutions privées, « entreprises de tendance » et droit au respect des croyances religieuses », *JCP G.* 2013, n° 26, p. 1287 ; E. DOCKES, « Liberté, laïcité, Baby Loup : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », *Dr. soc.* 2013, p. 388 ; J. MOULY, « La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise : le raidissement de la Cour de cassation », *D.* 2013, p. 963.

huit salariés »²⁵. La méthode à suivre est donc cohérente. Un règlement intérieur peut prévoir des limitations à l'exercice de libertés.

Ces limitations peuvent ressortir d'une exigence imposée par le contact avec la clientèle²⁶ ou, comme dans le cadre de l'affaire Baby Loup, le développement d'une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes, sans distinction d'opinion politique et confessionnelle²⁷. Ce n'est donc pas n'importe quel public, mais un public dit sensible, les enfants en bas âge qui justifierait, par exemple, la restriction apportée à l'expression de la liberté de religion. L'article 14 de la Convention de New York est le fondement juridique classiquement invoqué, article renvoyant à la préservation de la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la morale publiques ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui. Ainsi, la liberté de manifester sa religion ne pourrait être limitée qu'au regard de ces motifs. Il a été tentant pour certains employeurs (comme la crèche Baby Loup) de se prévaloir de la notion de laïcité, principe d'organisation de l'État, lorsque l'entreprise exerce une mission d'intérêt général. Mais, écartant toute possibilité d'application du principe de laïcité en tant que règle d'organisation entre l'État et les religions, la Cour de cassation avait dû se prononcer sur la notion d'entreprise de tendance laïque, la laïcité en tant que conviction propre à l'entreprise²⁸. Or, « *la neutralité n'est pas une tendance, mais une absence de tendance* » de sorte que certains auteurs qualifient l'entreprise de tendance laïque d'oxymore²⁹. Quelle que soit la raison avancée par l'entreprise, elle doit passer sous le crible des articles L. 1121-1, L. 1321-1 et L. 1132-1 du code du travail. Sont traditionnellement admis, les motifs tels que l'hygiène et la sécurité³⁰ ou encore la bonne marche de l'entreprise, notamment les impératifs liés à l'intérêt commercial ou même à l'image de l'entreprise³¹. Un employeur peut également prévoir dans le règlement intérieur des limites à la liberté d'expression religieuse,

²⁵ Cass. ass. plén., 25 juin 2014, *AJDA* 2014, p. 1842, note S. MOUTON et T. LAMARCHE ; *D.* 2014, p. 1536, entretien C. RADE ; *Dr. soc.* 2014, p. 811, étude J. MOULY ; *RDT* 2014. 607, étude P. ADAM ; *RFDA* 2014, p. 954, note P. DELVOLVE ; *RTD civ.* 2014, p. 620, obs. J. HAUSER ; *JS Lamy* 2014, n° 371-2, obs. M. HAUTEFORT.

²⁶ CEDH, 15 janv. 2013, « Eweida » *D.* 2013, p. 1026, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *Constitutions* 2013, p. 564, obs. P. LUTTON ; *RDT* 2013, p. 337, nos observations : un code vestimentaire avait été imposé uniquement pour les salariés portant la croix, sans que la limitation apportée à la liberté d'expression religieuse ne soit justifiée. Le Royaume Uni a alors été condamné pour ne pas avoir respecté son obligation positive (protection de la liberté de religion).

²⁷ Cass. ass. plén., 25 juin 2014, préc.

²⁸ Voir P. ADAM, « Affaire Baby Loup, vues du sommet », *RDT* 2014, p. 607.

²⁹ Voir P. ADAM, préc.

³⁰ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 9 §2.

³¹ Observatoire de la laïcité, communiqué de presse du 25 janvier 2016, faisant suite au Rapport Badinter sur les Principes essentiels du droit du travail. Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44738, *Bull. civ.*, V., n° 171, concernant le licenciement d'un boucher refusant d'être en contact avec de la viande de porc. Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 08-45509, non publié, sur la qualification de faute professionnelle justifiant le licenciement, le refus d'un salarié d'exécuter des missions pour des raisons de convictions religieuses, dès lors qu'elles sont les mêmes qu'au moment du recrutement.

telles que l'interdiction des injures, des propos diffamatoires, des actes de prosélytisme, des actes de pression sur les autres salariés³². En revanche, il n'est pas possible pour l'employeur d'interdire aux salariés de tenir des discussions à caractère religieux ou politique³³, ou encore de prévoir une interdiction absolue et générale quant à la tenue vestimentaire ou au port de signes religieux. Ainsi, il a été approuvé qu'un salarié en contact avec la clientèle véhiculant une certaine image de l'entreprise doit porter une tenue convenable ou encore non connotée religieusement³⁴.

Est-ce possible de limiter la liberté de religion également par contrat de travail, par convention collective, par décision unilatérale de l'employeur ou un code de conduite ?

1.2.2. La diversité des instruments ou les instruments de la diversité

En sus du règlement intérieur, le contrat de travail a déjà pu fonder une limitation de la liberté de religion, sans être présentée comme telle. En effet, il s'agissait pour une clause contractuelle de prévoir à l'avance les modalités d'exécution du travail et non de limiter directement l'exercice d'une liberté. Par ce détour contractuel, la limitation finalement imposée se trouve objectivée dans le cadre de la relation de travail, sans que le salarié ne puisse opposer une atteinte à sa liberté. Toute contestation de sa part sera interprétée comme une forme de dédit, voire un manquement à ses obligations contractuelles alors qu'il avait donné son accord aux conditions prévues lors de son embauche. En revanche, si la clause contractuelle est une disposition contraire à l'ordre public³⁵, il est possible de l'écarter. Néanmoins, au regard du risque de contractualisation des stipulations indiquées dans le contrat, les employeurs redoutent l'utilisation des clauses contractuelles. D'où l'ample recours au règlement intérieur. D'autres supports normatifs peuvent être en outre employés. Mais la religion sera envisagée souvent sous l'angle de la diversité dans l'entreprise. Ainsi, il existe une Charte de la diversité qui ne vise pas directement la religion et peut avoir « *un effet positif sur l'image de l'entreprise vis-à-vis de ses clients, de ses prestataires extérieurs et de ses consommateurs, en France et dans le*

³² Avis du Haut Conseil à l'intégration, « Expression religieuse et laïcité dans l'entreprise », 1^{er} septembre 2011. CPH Toulouse 9 juin 1997, sur le licenciement d'un animateur d'un centre de loisirs laïc qui avait lu la Bible et distribué des prospectus en faveur de sa religion aux enfants. CA de Basse-Terre 6 nov. 2006, qui a validé le licenciement d'un salarié qui faisait régulièrement « des digressions ostentatoires orales sur la religion ».

³³ Conseil d'État, 25 janvier 1989, n° 64296.

³⁴ Cass. soc., 28 mai 2003, affaire dit du Bermuda, n° 02-40.273, *D.* 2003, p. 2718, note F. GUIMORD, et 2004, p. 176, obs. A. POUSSON ; *Dr. soc.* 2003, p. 809, note P. WAQUET ; *RTD civ.* 2003, p. 680, obs. J. HAUSER. CA Saint Denis de la Réunion 9 sept. 1997, *D.* 1998, p. 548, note S. FARNOCCHIA, s'agissant d'une salariée de confession islamique refusant de porter la tenue conforme à l'image de marque de l'entreprise.

³⁵ Voir Cass. soc., 24 mars 1998, préc. qui évoque le respect par le contrat de l'ordre public.

reste du monde »³⁶. Plus récemment une charte de la laïcité et de la diversité a été adoptée par un groupe spécialisé dans le recyclage³⁷. Les codes de conduite mis en place dans les entreprises évoquent de la même manière la diversité au lieu et place de la religion³⁸. La portée juridique discutable de ces instruments peut expliquer la généralité des termes employés et la faible teneur des engagements prévus. Surtout, des auteurs craignent une certaine velléité des entreprises à se prévaloir d'un « *pouvoir d'autodétermination en matière de droits et de libertés individuelles* »³⁹. Mais, là où les normes étatiques seront impuissantes, les normes européennes remettront en cause les normes privées illicites.

2. L'articulation entre les sources étatique et européenne concernant la religion du salarié

Les sources étatique et européenne mettent en perspective la question de la religion du salarié sous un angle particulier. La législation française a notamment été « stigmatisée » par la jurisprudence européenne envisagée au sens large, c'est à dire la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme et celle de la Cour de justice de l'Union européenne. Il est intéressant de relever que si le principe de non-discrimination prévu par l'article 14 de la Convention est, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, appliqué en combinaison avec un autre article de la Convention et secondairement (2.1.), il intervient au premier plan et de manière autonome pour garantir la religion au travail en droit de l'Union européenne (2.2.).

2.1 La religion au travail articulée avec les droits et libertés d'autrui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La comparaison des positions du juge français et du juge européen peut apparaître pertinente, d'autant plus lorsque la solution prononcée par la Cour européenne vise au premier chef la France, partie à la cause ou non. Si la Cour a dû se retrancher derrière la marge

³⁶ Voir Charte de la diversité disponible en ligne : <http://www.charte-diversite.com/charte-diversite-texte-engagement.php>

³⁷ Voir C. RADE, « L'entreprise et les chartes de laïcité », *D.* 2014, p. 816.

³⁸ Pour exemple : code de conduite et d'éthiques professionnelles de Manpower de 2011 ; code de conduite de Novartis de 2012 ; code de conduite du groupe Solvay de 2014.

³⁹ C. RADE, loc. cit.

d'interprétation des États, l'originalité de sa position et la volonté de s'emparer de la problématique de la religion au travail (2.1.1.) contrastent avec la pusillanimité du juge français (2.1.2.).

2.1.1. L'application du principe de proportionnalité à la limitation de la liberté de religion

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur la situation des travailleurs exerçant leur liberté de religion au travail. Il s'agit des arrêts *Eweida et autres*, rendus le 15 janvier 2013⁴⁰. La question posée, dans le cadre des deux premières affaires, est celle de la protection garantie par l'État de la liberté d'expression religieuse de Madame Eweida (salariée d'une entreprise privée) et de Madame Chaplin (fonctionnaire d'un établissement hospitalier). Des restrictions étaient prévues en matière de religion, par le règlement intérieur (affaire Eweida) et par la réglementation publique (affaire Chaplin). Les deux requérantes portaient une croix autour du cou, ce qui était pour l'entreprise British Airways, contraire à l'image de l'entreprise, et pour l'établissement hospitalier, contraire aux exigences de sécurité et de santé publique. Dans les affaires Eweida et Chaplin, est en cause la restriction à la liberté d'expression religieuse. Il est reproché aux travailleurs une expression passive de leur religion à travers le port d'un signe religieux.

Par ailleurs, dans le cadre des deux autres requêtes, Madame Ladele refusait d'exercer les fonctions d'officier d'état civil pour célébrer l'union de personnes de même sexe, après l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat civil au Royaume Uni, qui contredisait ses croyances religieuses. Quant à Monsieur McFarlane, salarié d'une entreprise privée fournissant des conseils conjugaux, il avait refusé d'assister des personnes de même sexe. Dans le cadre des affaires Ladele et McFarlane, la liberté d'expression religieuse entre en conflit dans son exercice avec le principe de non-discrimination. Il s'agit ici d'une expression offensive de leur religion. L'expression religieuse justifiait, selon les travailleurs, l'inexécution de la mission de l'agent ou du contrat de travail.

Le raisonnement de la Cour repose sur plusieurs étapes. Après avoir caractérisé l'ingérence dans une liberté et l'applicabilité d'un article de la Convention européenne, la Cour s'attache à vérifier le respect par l'État de ses obligations. Si l'ingérence est nécessaire dans une société démocratique, autrement dit si une raison peut justifier l'ingérence, l'État en cause ne se verra pas reprocher un manquement à l'une de ses obligations. Cette justification peut reposer sur

⁴⁰ CEDH, 15 janv. 2013, req. nos 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, *préc.*

l'une des raisons prévues par l'article 9 alinéa 2 de la Convention. La Cour contrôle *in fine* que la balance des intérêts, celui du salarié qui exerce sa liberté et celui de l'employeur qui établit son entreprise, est opérée. L'intérêt du salarié est également confronté aux intérêts d'autrui de façon à ce que les intérêts catégoriels comme l'intérêt général puissent être protégés. Face à la diversité des intérêts en jeu, sera recherché l'élément factuel déterminant, pertinent, ou le plus important, ces termes pouvant être utilisés par la Cour dans ses arrêts. La Cour s'intéressera à l'importance par nature⁴¹ (et renverra ainsi à l'analyse d'experts médicaux ou des juges nationaux) ou encore procédera par comparaison, en envisageant la situation dépourvue de la condition litigieuse⁴².

Dans la première affaire, après avoir constaté l'ingérence dans la liberté de religion par la réglementation de l'entreprise, la question de l'équilibre des intérêts est posée. La liberté de manifester sa religion exercée par la salariée ne portait-elle pas atteinte aux intérêts d'autrui ? Une telle atteinte n'est pas caractérisée en l'espèce de sorte que le Royaume-Uni est condamné pour ne pas avoir garanti le respect de l'article 9 de la Convention. Les autres salariés ne se voyaient pas imposer les mêmes restrictions vestimentaires et l'employeur avait procédé à la modification de son code vestimentaire, ce qui démontrait que « *l'ancienne interdiction n'était pas d'une importance cruciale* »⁴³. En revanche, dans la deuxième affaire, des raisons liées à la hygiène et la sécurité justifiaient la limitation de la liberté exercée par Madame Chaplin. La Cour indique que « *la raison pour laquelle elle a été priée d'ôter sa croix, à savoir la protection de la santé et de la sécurité dans un service hospitalier, est par nature plus importante que celle invoquée dans le cas de M^{me} Eweida* »⁴⁴. L'ingérence dans l'exercice de la liberté de manifester sa religion apparaît alors nécessaire dans une société démocratique. De la même façon, le Royaume-Uni ne peut se voir reprocher une violation des articles 9 et 14 de la Convention en raison des sanctions disciplinaires prononcées contre Madame Ladele et Monsieur McFarlane. Dans l'affaire Ladele, la Cour rappelle que l'officier d'état civil ne pouvait renoncer à sa liberté de religion au moment du recrutement⁴⁵. Alors que la démission a pu être interprétée par la Cour comme un moyen permettant de garantir le respect de la liberté de religion⁴⁶, cette

⁴¹ CEDH, 15 janv. 2013, préc., §99 : « *Cependant, la raison pour laquelle elle a été priée d'ôter sa croix, à savoir la protection de la santé et de la sécurité dans un service hospitalier, est par nature plus importante que celle invoquée dans le cas de M^{me} Eweida* ».

⁴² CEDH, 15 janv. 2013, préc., §104 : « *La Cour considère que l'élément de comparaison pertinent dans ce cas est un officier d'état civil n'ayant aucune objection religieuse aux unions homosexuelles* ».

⁴³ CEDH, 15 janv. 2013, préc., §95.

⁴⁴ CEDH, 15 janv. 2013, préc., §99.

⁴⁵ CEDH, 15 janv. 2013, préc., §106.

⁴⁶ Dans une précédente affaire, la Cour a pu écarter la violation de l'article 9 puisque la requérante était libre de démissionner plutôt que de travailler le dimanche (CEDH, 9 avril 1997, « *Stedman c/. Royaume-Uni* », req. n° 29107/95).

alternative n'est pas envisagée ici puisque la requérante « *a estimé qu'elle n'avait pas d'autre choix que de s'exposer à une procédure disciplinaire, plutôt que d'être chargée d'inscrire les unions civiles, et elle a finalement été licenciée* »⁴⁷. L'autorité locale, employeur de Madame Ladele, était attachée à la défense de l'égalité des chances et au principe de non-discrimination, droits protégés également par la Convention. Dès lors, laissant une marge d'appréciation étendue aux États, il était possible pour l'autorité locale de sanctionner la requérante. Dans la dernière affaire, le refus d'exécuter sa mission de conseiller à l'égard de personnes de même sexe est analysé comme l'expression de ses convictions religieuses. Dans la vérification de l'équilibre des intérêts, l'élément le plus important à retenir, selon la Cour, est que « *l'action de l'employeur visait à garantir la mise en œuvre de sa politique de prestation de services sans discrimination* »⁴⁸. La Cour fait ainsi référence aux règles du droit de l'Union européenne en matière de libertés d'entreprendre et de principes attachés à la liberté de circulation des personnes.

2.1.2. Le droit français sous le prisme du « vivre ensemble »

Le droit français a fait l'objet d'un contentieux particulier devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'agissant de la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Dans son arrêt en date du 1^{er} juillet 2014⁴⁹, la CEDH considère, après avoir consulté différents organismes consultatifs sur la base de leurs rapports et avis respectifs (l'Assemblée nationale, la CNCDH, le Conseil d'État, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe) que la violation des articles 8, 9, 10 et 14 de la Convention alléguée par la requérante n'est pas caractérisée. La Cour rappelle d'abord le principe du libre choix de l'apparence dans l'espace public comme dans l'espace privé. Ensuite, précisant le contenu de la liberté de religion, la Cour indique que « *cette liberté figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme – chèrement conquis au cours des siècles – qui ne saurait être dissocié de pareille société* »⁵⁰. Elle ajoute également que « *dans une société*

⁴⁷ CEDH, 15 janv. 2013, préc., §106.

⁴⁸ CEDH, 15 janv. 2013, préc., §109.

⁴⁹ CEDH, 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, D. 2014, p. 1701, note C. CHASSANG ; RTDEur. 2015, n° 1, p. 95, note P. DUCOULOMBIER ; JCP G. 2014, n° 39, p. 1686, note A. LEVADE ; RTDH 2015, n° 101, p. 219, note G. GONZALEZ ; AJDA 2014, n° 31, p. 1768, note L. BURGORGUE-LARSEN.

⁵⁰ CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., §124.

démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun »⁵¹. Enfin, la Cour se retranche derrière la marge d'appréciation dont dispose les États au regard des besoins et contextes locaux⁵². Ce raisonnement justifie ainsi la solution (différente) que la Cour a pu retenir à l'encontre de la Turquie sur une question similaire. Dans l'affaire « Ahmet Arslan et autres », la législation turque en cause interdisait le port de certaines tenues religieuses dans les lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques, en dehors des cérémonies religieuses⁵³. Si cette ingérence dans la liberté de religion poursuivait un but légitime au regard de l'article 9 de la Convention, elle n'a pas été jugée nécessaire par rapport au but recherché car l'interdiction ne frappait pas uniquement les fonctionnaires astreints à une certaine discrétion dans l'exercice de leurs fonctions mais tout citoyen sans qu'aucun risque pour l'ordre public n'ait été établi⁵⁴. La Cour considère en revanche, que la loi française contestée concerne une autre situation, celle du port du voile islamique intégral qui, en cela, se différencie de l'interdiction posée par la législation turque puisque cet habit particulier dissimule entièrement le visage à l'exception des yeux⁵⁵. Dès lors, l'interdiction prévue par la loi du 11 octobre 2010 « peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « vivre ensemble » en tant qu'éléments de la « protection des droits et libertés d'autrui » »⁵⁶. La raison liée à la sûreté ou sécurité publiques est retenue par la Cour⁵⁷. En outre, le nombre de femmes concernées par le dispositif d'interdiction est restreint⁵⁸. Aussi, pour justifier la position différente de la Cour à l'égard de la France, la Cour insiste sur le fait qu'elle « attache néanmoins une grande importance à la circonstance que cette interdiction n'est pas explicitement fondée sur la connotation religieuse des habits visés mais sur le seul fait qu'ils dissimulent le visage. Cela distingue l'espèce de l'affaire Ahmet Arslan et autres précitée »⁵⁹. Enfin, les sanctions prévues sont parmi les plus légères, puisqu'il s'agit de l'amende applicable aux contraventions de la deuxième classe avec la possibilité pour le juge de prononcer en même temps ou à la place l'obligation d'accomplir

⁵¹ CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., §126.

⁵² CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., §129.

⁵³ CEDH, 23 février 2010, n° 41135/98, *Gaz. Pal.* 2010, n° 132-133, p. 18, note D. AMSON ; *JCP G.* 2010, n° 18, p. 952, note G. GONZALEZ.

⁵⁴ CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., §135.

⁵⁵ CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., §136.

⁵⁶ CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., §157.

⁵⁷ CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., §139.

⁵⁸ CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., §145.

⁵⁹ CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., §151.

un stage de citoyenneté⁶⁰. Le raisonnement peut sembler très critiquable puisque la Cour rappelle explicitement et à plusieurs reprises que ce sont les femmes musulmanes qui sont effectivement visées par la loi française⁶¹, constat corroboré par la sanction prévue si l'on considère le port du voile intégral comme un manquement aux règles civiques françaises. Mais, la solution reste mitigée, fondée sur le principe du « vivre ensemble », tel qu'il avait été également invoqué par le Haut Conseil à l'intégration⁶². Le soupèsement des intérêts reste délicat et la succession des arguments développés témoigne de la vigilance de la Cour.

Cette décision fait suite à l'arrêt de la Cour de cassation statuant en assemblée plénière du 25 juin 2014, cette dernière ayant habilement pris en compte le calendrier judiciaire de la Cour afin de ne pas être influencée de prime abord par sa solution. Il est tout de même regrettable de voir que la Cour européenne bien que mesurée par les termes employés dans son arrêt, se révèle plus audacieuse que la Cour de cassation souhaitant mettre fin à un débat houleux et politisé sur la neutralité religieuse dans l'entreprise. En effet, après l'arrêt « Baby Loup » du 19 mars 2013, plusieurs propositions de loi ont été enregistrées au bureau de l'Assemblée Nationale⁶³. Ces propositions avaient pour visée, en stigmatisant le fait religieux dans l'entreprise, de répondre à un mouvement d'humeur et non à un besoin social réel. Le 22 octobre 2014, afin de clarifier la situation des structures éducatives en charge de la petite enfance, une proposition de loi a été déposée en vue d'étendre l'obligation de neutralité à ces structures privées⁶⁴. Le respect du principe de la laïcité et la neutralité du candidat seraient alors intégrés dans le code de la santé publique⁶⁵ et dans le code de l'action sociale⁶⁶. Cette proposition de réforme visant à instaurer une certaine sécurité juridique dans les crèches après les tergiversations jurisprudentielles auxquelles l'affaire Baby Loup a donné lieu, s'appuie sur la décision « Dahlab c/. Suisse » de la Cour européenne⁶⁷. Dans cette affaire, une enseignante se plaignait d'une atteinte de sa liberté de religion par la décision d'interdiction du port de voile prise à son encontre. La Cour a considéré que « *dans les circonstances données et vu surtout le bas âge des enfants dont la requérante avait la charge en tant que représentante de l'État, les*

⁶⁰ CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., §152.

⁶¹ CEDH, 1^{er} juill. 2014, préc., v. not. §145, §148, §151 : « La Cour est consciente du fait que la prohibition critiquée pèse pour l'essentiel sur les femmes musulmanes qui souhaitent porter le voile intégral ».

⁶² Haut Conseil à l'Intégration, avis du 1^{er} sept. 2011, pp. 5, 18, évoquant le « bien vivre ensemble ».

⁶³ Voir E. Lemaire, « Baby-loup au parlement : un autre aspect de "l'affaire" », *AJDA* 2014, p. 1457.

⁶⁴ Proposition de loi visant à étendre l'obligation de neutralité aux structures privées en charge de la petite enfance et à assurer le respect du principe de laïcité, enregistrée à la présidence de la Assemblée nationale le 22 octobre 2014, texte n° 2313.

⁶⁵ Proposition de loi, préc. art. 1, modifiant l'article L. 2324-1 du code de la santé publique.

⁶⁶ Proposition de loi, préc. art. 2, modifiant l'article L. 421-3 du code de l'action sociale.

⁶⁷ CEDH, 15 fév. 2001, « Dahlab c/. Suisse », n° 42393/98, *AJDA* 2001, p. 480, note J.-F. FLAUSS ; *RFDA* 2003, p. 536, note N. CHAUVIN.

autorités genevoises n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation et que donc la mesure qu'elles ont prise n'était pas déraisonnable »⁶⁸. La proposition de loi apparaît donc en conformité avec le droit européen. Cependant, elle n'a toujours pas fait l'objet d'une discussion publique à l'Assemblée nationale. La solution retenue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation aura peut être uniquement favorisé, comme elle pouvait le souhaiter, l'étiollement du débat sur la neutralité religieuse en entreprise. Quand le droit contrebalance la politique politicienne...

Dans le cadre d'un établissement public, l'arrêt du 26 novembre 2015 de la Cour européenne résultant d'une requête portée contre la France⁶⁹ illustre la systématique d'une solution désormais acquise. En l'espèce, était concernée une fonctionnaire d'un établissement hospitalier, dont le non renouvellement de son contrat d'assistante sociale est motivé par son refus d'enlever son voile. Une ingérence dans la liberté de manifester sa religion est caractérisée. Mais le principe de neutralité applicable dans les services publics doit être respecté afin de protéger les droits et libertés d'autrui et notamment la liberté de religion de tous⁷⁰. L'administration a valablement considéré, pour la Cour, que « *l'exigence de neutralité requise était impérative compte tenu des contacts qu'elle avait avec les patients* »⁷¹. Dès lors, la violation de l'article 9 de la Convention par la France n'est pas retenue.

Visé en surplomb, le principe de non-discrimination ressurgit au premier plan lorsque les textes mobilisés relèvent du droit de l'Union européenne.

2.2 La religion au travail articulée avec le principe de non-discrimination selon le droit de l'Union européenne

Un renvoi préjudiciel a été, récemment, réalisé par la Chambre sociale de la Cour de cassation, à l'égard de la Cour de justice européenne, sur les motifs susceptibles d'être invoqués pour limiter l'exercice de la liberté de religion. Ce renvoi peut apparaître surprenant alors que

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ CEDH, 26 nov. 2015, « Ebrahimian c/. France », n° 64846/11, *JCP G.* 2016, n° 4, p. 146, note G. GONZALEZ ; *Cah. soc.* 2016, n° 281, p. 21, note J. ICARD ; *AJDA* 2015, p. 2292, note M.-C. DE MONTECLER.

⁷⁰ CEDH, 26 nov. 2015, préc., § 66 : En droit français, « l'avis du 3 mai 2000 énonce ainsi clairement que la liberté de conscience des agents doit se concilier exclusivement du point de vue de son expression, avec l'obligation de neutralité. La Cour réitère qu'une telle limitation trouve sa source dans le principe de laïcité de l'État, qui, selon le Conseil d'État, « intéresse les relations entre les collectivités publiques et les particuliers » et de celui de neutralité des services publics, corollaire du principe d'égalité qui régit le fonctionnement de ces services et vise au respect de toutes les convictions ».

⁷¹ CEDH, 26 nov. 2015, préc., §69.

le droit français propose tous les outils nécessaires pour répondre à la question qu'elle pose⁷². Cependant, cette prise d'initiative est révélatrice d'une forme d'auto-insatisfaction des juges français. Conscients des limites résultant de la solution retenue dans l'affaire Baby Loup et ne souhaitant pas être liés par les termes d'un règlement intérieur éventuellement « tout-puissant », la Cour de cassation mobilise les mécanismes du droit de l'Union européenne, ceux de la Convention européenne ayant été d'ores et déjà éprouvés. Ce faisant, la Cour de cassation introduit dans le débat le principe de non-discrimination, seul à même de parvenir à un équilibre des intérêts.

Le 9 avril 2015, la Chambre sociale de la Cour de cassation décide de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne au regard d'une affaire particulière. Une salariée engagée en qualité d'ingénieur d'études est licenciée par une société de conseil, d'ingénierie et de formation spécialisée qui met à disposition de ses clients, ses salariés. Le motif du licenciement est la gêne occasionnée par le port du voile auprès des clients. La salariée considère son licenciement discriminatoire en raison de ses convictions religieuses. Alors que le conseil de prud'hommes de Paris et la cour d'appel de Paris valident le licenciement, la Cour de cassation fait référence à la jurisprudence « Feryn » de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle « *le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale, ce qui est évidemment de nature à dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et, partant, à faire obstacle à leur accès au marché du travail, constitue une discrimination directe à l'embauche au sens de la directive 2000/43* »⁷³. Évoquant la directive de 2000 sur le principe d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, la Cour de cassation rappelle que ce texte a vocation à lutter contre les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le

⁷² Parmi les outils existants, l'article 225-2 5° du code pénal condamne le délit d'offre d'emploi discriminatoire de sorte qu'une entreprise ne peut se prévaloir des consignes discriminatoires de son client pour fonder ses décisions à l'égard de son personnel (Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85109 ; Voir entretien avec P. ADAM, *Sem. soc. Lamy* n° 1672). La jurisprudence française a dégagé également la notion de trouble objectif résultant d'un fait de la vie personnelle du salarié. Depuis l'arrêt « Association Pie X » du 17 avril 1991, le licenciement résultant d'un trouble objectif causé dans l'entreprise par le comportement du salarié a été précisé par la Cour de cassation (Voir : Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-40.803, *D.* 2007, Jur., p. 2137, obs. J. MOULY ; *RDT* 2007, p. 527, obs. T. AUBERT-MONPEYSEN ; *Sem Soc. Lamy* 2007, n° 1310, obs. P. WAQUET ; *RJS* 7/07, p. 607, concl. C. MATHON). Permettant ainsi de tenir compte d'un fait de la vie personnelle du salarié et de son impact sur le fonctionnement de l'entreprise, la Cour de cassation adopte un raisonnement binaire, sans être simpliste, qui consiste soit à retenir l'existence d'une faute grave du salarié et à rattacher alors le comportement du salarié à ses obligations professionnelles (même s'il a été commis en dehors du temps de travail et du lieu de travail), soit à protéger la vie personnelle du salarié et à exclure tout manquement du salarié en faisant référence à cette possibilité d'invoquer un trouble dans l'entreprise non caractérisé. Autrement dit le licenciement pour trouble objectif n'a jamais été caractérisé, la Cour de cassation hissant le trouble objectif

⁷³ CJCE, 10 juill. 2008, « Feryn », aff. C-54/07, *D.* 2008, p. 3038, obs. F. MULLER et M. SCHMITT ; *RSC* 2009, p. 197, obs. L. IDOT.

handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Toutes les personnes, du secteur public comme du secteur privé, s'agissant d'une décision de licenciement ou portant sur la rémunération, sont concernées par ce texte. En revanche, une exception est prévue, en présence d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante à condition que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Cette exigence professionnelle peut par exemple, correspondre à l'âge afin de faciliter l'insertion des jeunes ou des seniors sur le marché de l'emploi, ou encore à être liée aux spécificités d'un emploi. Est-il possible alors de considérer les souhaits exprimés par la clientèle comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante ? Il paraîtrait difficile, pour la Cour de justice européenne, de justifier sur le fondement de l'intérêt de l'entreprise, la demande de clients reposant sur un motif discriminatoire. Dans l'affaire Feryn, l'avocat général Poiares Maduro considérait qu'il n'était pas possible de prendre en compte ces souhaits, même exprimés par des clients, et qu'aucune distorsion de concurrence entre les employeurs ne pouvait être déplorée puisque le principe de non-discrimination s'applique à tous⁷⁴. Mais, il serait bien malhabile de tenter de prédire la réponse apportée par la CJUE⁷⁵. La logique du marché économique a justifié, au sein du rapport pour la France, le constat suivant lequel « *la récente modération salariale, dans un contexte de chômage élevé, demeure insuffisante compte tenu du ralentissement de la croissance de la productivité* »⁷⁶. La solution susceptible d'être retenue par la CJUE est donc dans une certaine mesure imprévisible. Une nouvelle directive permettrait de sécuriser la situation des entreprises et des salariés⁷⁷.

31 mars 2016

⁷⁴ Voir J.-G. HUGLO, « Port du voile : décryptage de l'arrêt du 9 avril », *Liais. Soc. Quotid.* 13 avril 2015, n° 16813, p. 2.

⁷⁵ La réponse de la Cour de justice européenne est attendue pour septembre 2016.

⁷⁶ Commission européenne, *Rapport 2016 pour la France contenant un bilan approfondi sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques*, 26 février 2016, SWD(2016) 79 final, p. 35.

⁷⁷ Une proposition de directive est en cours de discussion mais ne procède qu'à l'extension du domaine d'application de la précédente directive 2000/78/CE sur la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle, en matière d'emploi, de travail et de formation professionnelle de 2000 (Proposition de directive déposée par la Commission européenne, 2 juill. 2008, COM(2008) 426 final). La nouvelle directive serait applicable en dehors du marché du travail, plus particulièrement en matière de protection sociale, de soins de santé, d'éducation et d'accès aux biens et services à la disposition du public, y compris le logement.