



HAL
open science

Le fait religieux dans l'entreprise. Les suites françaises des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne

Florence Fouvet

► To cite this version:

Florence Fouvet. Le fait religieux dans l'entreprise. Les suites françaises des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Hungarian Labour Law E-Journal , 2019, 1, pp.28-40. hal-04050492

HAL Id: hal-04050492

<https://hal.science/hal-04050492v1>

Submitted on 30 Mar 2023

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.

Source :

F. Fouvet, « Expressions of religious faith in companies. Consequences of the judgments of the Court of Justice of the European Union for France », *Hungarian Labour Law E-Journal*, 2019/1.

Version française :

LE FAIT RELIGIEUX DANS L'ENTREPRISE

Les suites françaises des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne.

Florence FOUVET,

Maître de conférences, Université Lumière Lyon 2

Membre de l'EA DCT, Membre associée du CERCRIID UMR 5137

L'actualité du « fait religieux dans l'entreprise »¹ n'assure pas sa connaissance. S'il intéresse², le phénomène n'est pas mesuré. Aucune étude ne recense, de manière systématique, tout fait qu'il conviendrait de qualifier de « religieux » dans l'ensemble des entreprises d'un périmètre défini. Aucune recherche ne comptabilise non plus le nombre de litiges relatifs à ces questions qui sont portés devant les tribunaux. À ce jour, l'ampleur du fait religieux dans l'entreprise, comme l'importance du contentieux qu'il suscite, sont donc méconnus.

Seule fournit une tendance, une étude menée par L'Observatoire du Fait Religieux en Entreprise³ reposant sur l'exploitation d'un peu plus de mille questionnaires remplis par une catégorie déterminée de salariés⁴. Selon cette étude, et pour l'année 2017, trente-cinq pour cent des salariés interrogés affirment avoir régulièrement observé des manifestations de faits religieux dans leur situation de travail⁵. Par ailleurs, l'étude indique que dans moins de huit pour cent des cas évoqués, le fait religieux observé a conduit à une situation « conflictuelle ». Dans ces mesures, « le fait religieux dans l'entreprise » et les difficultés qu'il soulève semblent relativement limités.

Les situations que l'expression vise ont cependant donné lieu à quelques décisions remarquées de la Cour de cassation. Par exemple, dans une affaire qui concernait un boucher de confession musulmane refusant de manipuler de la viande de porc, la Chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé que si « l'employeur est tenu de respecter les convictions

¹ Dans le cadre de cette contribution, l'expression vise tout événement, demande, comportement ou propos, tirant son origine d'une pratique ou de convictions d'ordre religieux, qui a des répercussions ou se manifeste à l'occasion d'une relation de travail.

² Ainsi le sujet a-t-il donné lieu à l'édition, par le Ministère du Travail, en janvier 2017 d'un *Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées* disponible en ligne. Des articles publiés dans la presse nationale sont également relatifs à ces questions (voir par exemple : « Religion : comment les entreprises font face », *Aujourd'hui en France*, 28 septembre 2017, p. 9 ; « Religion en entreprise, gêne à la chaîne », *Le Monde*, 15 janvier 2018, p. 27 ; « Le fait religieux en entreprise, source croissante d'inquiétude », *Le Figaro*, 2 février 2018, p. 9 ; « Femmes voilées recherchent job désespérément », *Le Monde*, 5 février 2018, p. 10). Enfin, plusieurs organisations syndicales de salariés traitent de ce thème dans le cadre, par exemple, de guide (*Le fait religieux en entreprise* édition 2018, CFDT) ou de table ronde (*Table ronde : la laïcité en entreprise*, CGT, 10 juillet 2018).

³ Programme de recherche développé au sein du laboratoire GDI « Gouvernance et Développement insulaire » de l'Université de la Polynésie Française.

⁴ À savoir, des salariés exerçant des fonctions managériales ou des cadres n'exerçant pas de telles fonctions.

⁵ Typologie des faits religieux recensés par cette étude : 22 % port visible d'un signe ; 18 % demande d'absence ; 14 % refus de travailler sous les ordres d'une femme (8 %) ou avec une femme (6 %) ; 12 % demande d'aménagement du temps de travail ; 10 % prière pendant la pause ; 5 % prière pendant le temps de travail ; 5 % refus de réaliser des tâches ; 5 % prosélytisme ; 4 % stigmatisation de personnes ; 3 % refus de travailler avec un collègue ; 2 % demande de ne travailler qu'avec des coreligionnaires.

religieuses de son salarié », il « ne commet aucune faute en demandant [à ce dernier] d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché »⁶. Par conséquent, le salarié qui cesse le travail et qui refuse d'accomplir la prestation pour laquelle il a été recruté ne peut valablement exiger le versement d'indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. En revanche, le licenciement est nul lorsqu'il est prononcé en raison des convictions religieuses du salarié. C'est ce que la Cour de cassation a rappelé dans une affaire récente qui concernait une agent d'un établissement public régissant les transports parisiens⁷. Selon des dispositions règlementaires, cette salariée devait prêter serment devant le Président du tribunal de grande instance. À cette occasion, il lui fallait prononcer la phrase « je le jure ». Mais en raison de ses croyances chrétiennes, elle s'y opposa et proposa une formule alternative que le magistrat refusa. N'ayant ainsi pas obtenu son assermentation, la salariée avait été licenciée. Pour la Cour de cassation, un tel licenciement était nul, car prononcé en raison des convictions religieuses de la salariée.

Mais c'est avant tout à propos du port visible d'un signe, et en particulier du voile ou du foulard islamique, que la question du fait religieux dans l'entreprise a donné lieu à des arrêts remarquables. Parmi les plus récents figure celui de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 22 novembre 2017⁸, rendu dans le cadre d'une affaire qui, à la suite d'une question préjudicielle⁹, avait été soumise à la Cour de Justice de l'Union Européenne¹⁰. Dans cet arrêt, la Cour de cassation retient qu'est victime d'une discrimination directe une salariée licenciée pour avoir refusé de ne plus porter son voile, alors que son employeur lui en intimait l'ordre pour tenir compte des souhaits d'un client. Seulement la Chambre sociale ne se contente pas de trancher ce point précis. Dans son arrêt du 22 novembre 2017, elle envisage également l'hypothèse où une telle interdiction découlerait non plus d'un ordre, mais d'une clause du règlement intérieur comme dans une affaire belge ayant elle aussi conduit la Cour de Justice de l'Union Européenne à se prononcer¹¹. Par conséquent, la Chambre sociale de la Cour de

⁶ Cour de cassation, Chambre sociale, 24 mars 1998, *Bull. civ. V*, n° 171.

⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, 1^{er} février 2017, à paraître au *Bulletin*, n° 16-10459.

⁸ Cour de cassation, Chambre sociale, 22 novembre 2017, à paraître au *Bulletin*, n° 13-19855.

⁹ Cour de cassation, Chambre sociale, 9 avril 2015, *Bull. civ. V*, n° 75.

¹⁰ CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, *Bouagnaoui et ADDH*, n° C-188/15.

¹¹ CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, n° C-157/15. Voir la contribution dans le présent ouvrage de Fabienne Kéfer, *Religion at work. The belgian experience*.

cassation saisit l'occasion pour rendre un véritable arrêt de principe. Elle offre une synthèse – au regard du droit national – des solutions rendues par la Cour de Justice, tant dans l'affaire belge que dans l'affaire française.

Afin de saisir cette « suite *française* » des arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne, il importe de revenir sur le contexte dans lequel l'arrêt du 22 novembre 2017 s'inscrit (I). À partir de là il sera possible de livrer une analyse critique (II) des différents points de la solution rendue par la Cour de cassation en ce qu'elle autorise le pouvoir patronal à entraver la liberté de religion des salariés, pourvu que l'employeur utilise le bon instrument.

I- Le contexte français.

Ce contexte français est à la fois un contexte normatif (A) et un contexte judiciaire (B).

A. Le contexte normatif.

Plusieurs traités¹² qui engagent la France ou normes constitutionnelles¹³ consacrent la liberté de religion en tant que telle. Cette liberté qui recouvre la liberté de croire ainsi que la liberté de manifester, d'exprimer ses croyances est également garantie par d'autres dispositifs. Les analyser permet de mieux saisir ce que cette liberté recouvre dans un État comme l'État français. À cet égard, il convient de se pencher en particulier sur le principe de laïcité (1) ainsi que sur les dispositions du Code du travail qui assurent la protection de la liberté de religion des salariés (2).

¹² À titre d'exemples : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe (article 9 – Liberté de pensée, de conscience et de religion) ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 adopté dans le cadre des Nations Unies (article 18 – Droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion) ; la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 (article 10 – Liberté de pensée, de conscience et de religion).

¹³ Selon l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ».

1. Le principe de laïcité.

« *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* »¹⁴ dispose l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958. À ce titre, la France est un État indépendant des autorités et des croyances religieuses, ce que garantissait déjà la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

Selon l'article 1^{er} de cette loi, « la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public ». Par conséquent, la laïcité¹⁵ ne signifie pas que les individus doivent taire ou dissimuler leurs convictions ; la République laïque garantit au contraire la liberté d'exprimer ses croyances, notamment par le port d'une croix, d'une kippa, d'un voile ou même d'un burkini¹⁶.

En revanche, un Etat laïc ne doit favoriser ni léser aucune religion. L'article 2 de la loi de 1905 dispose en effet que « la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte ». C'est en ce sens qu'il convient de parler de « neutralité de l'État », corollaire du principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics. Ainsi, chaque personne confrontée à l'administration doit-elle être traitée de la même manière, sans considération de ses opinions, notamment religieuses. De son côté, toute administration doit paraître neutre. Pour cette raison, le Conseil d'État a récemment retenu qu'était interdite l'installation d'une crèche de Noël dans un bâtiment public¹⁷. Et c'est encore au regard de cette exigence de neutralité que

¹⁴ Souligné par nous.

¹⁵ M. Miaille, « La laïcité. Solutions d'hier, problème d'aujourd'hui », Dalloz, coll. « A savoir », 3^e éd., 2016.

¹⁶ Le Conseil d'État, par ordonnance rendue en matière de référé-liberté du 26 août 2016, a pu ordonner la suspension d'un arrêté municipal interdisant le port du burkini sur les plages. Selon le Conseil d'État, un tel arrêté, pris notamment sur le fondement du principe de laïcité, portait une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté de conscience (ainsi qu'à la liberté d'aller et venir et à la liberté personnelle).

¹⁷ Voir deux décisions du Conseil d'État du 9 novembre 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122 et *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n° 395223 : « Dans l'enceinte des bâtiments publics, sièges d'une collectivité publique ou d'un service public, le fait pour une personne publique de procéder à l'installation d'une crèche de Noël ne peut, en l'absence de circonstances particulières permettant de lui reconnaître un caractère culturel, artistique ou festif, être regardé comme conforme aux exigences qui découlent du principe de neutralité des personnes publiques. À l'inverse, dans les autres emplacements publics, eu égard au caractère festif des installations liées aux fêtes de fin d'année notamment sur la voie publique, l'installation à cette occasion et durant cette période d'une crèche de Noël par une personne publique est possible, dès lors qu'elle ne constitue pas un acte de prosélytisme ou de revendication d'une opinion religieuse ».

les juridictions administratives¹⁸ et judiciaires¹⁹ ont plusieurs fois affirmé que les fonctionnaires et les agents du service public ont, dans l'exercice de leurs fonctions, l'interdiction de manifester leurs croyances, notamment par le port de signes religieux. Autrement dit, les restrictions apportées au port de signes religieux ne concernent qu'une catégorie de travailleurs, exerçant leur activité au sein d'un service public, au nom de la neutralité de l'État.

2. Les dispositions du Code du travail.

La liberté de religion est aussi garantie par plusieurs dispositions du Code du travail. Deux séries de mesures existent. Les unes permettent de faire entrer la liberté de religion dans l'entreprise, tandis que les autres, qui sont des règles de non-discrimination, exigent de l'employeur qu'il ne tienne pas compte des croyances des salariés et de leurs manifestations.

Les droits et libertés dont est titulaire la personne du salarié, comme c'est le cas de la liberté de religion, ne s'arrête pas aux portes de l'entreprise. Deux textes assurent leur protection. Le premier est issu de la loi du 4 août 1982²⁰ qui s'inscrivait dans une vague de

¹⁸ Voir par exemple l'avis du Conseil d'État du 23 juin 2000 (*Demoiselle Marteaux*, requête n° 217017, publié au recueil) : « 1°) Il résulte des textes constitutionnels et législatifs que le principe de liberté de conscience ainsi que celui de la laïcité de l'État et de neutralité des services publics s'appliquent à l'ensemble de ceux-ci ; 2°) Si les agents du service de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses ; Il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre les agents de ce service public selon qu'ils sont ou non chargés de fonctions d'enseignement ; 3°) Il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le fait pour un agent du service de l'enseignement public de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations ».

¹⁹ Cour de cassation, Chambre Sociale, 19 mars 2013, *Bull. civ. V*, n° 76 : « attendu que la cour d'appel a retenu exactement que les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et que, si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires ».

²⁰ Loi n° 82-689 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise.

réformes destinées à faire entrer les libertés publiques au sein des entreprises²¹. Ce texte qui encadre le contenu du règlement intérieur, figure désormais à l'article L. 1321-3 du Code du travail²². Le second, issu de la loi du 31 décembre 1992²³ est plus général puisque la protection des droits et des libertés est étendue à l'ensemble de la vie de l'entreprise. Il se loge à l'article L. 1121-1 du Code du travail²⁴. Rédigés suivant le même modèle, ces deux textes interdisent aux dispositions du règlement intérieur ainsi qu'à quiconque d'« apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Par le jeu de ces normes, le salarié, bien que placé sous la subordination de l'employeur, peut opposer les droits et libertés dont il est titulaire, y compris sa liberté de religion, dans les relations de travail. Ses prérogatives ne pourront être restreintes qu'à la double condition de justification et de proportionnalité. Par exemple, des raisons d'hygiène ou de sécurité imposant le port d'un casque ou d'une charlotte justifient qu'une restriction soit apportée à la liberté de porter un voile, tant que la mesure ne s'applique qu'aux salariés concernés par l'obligation de revêtir une protection.

Ces textes doivent être combinés avec d'autres règles qui interdisent les discriminations. Car le Code du travail comporte aussi des dispositifs qui exigent l'indifférence. À cet égard, l'employeur ne peut prendre en compte certains critères, parmi lesquels figurent les

²¹ Ces réformes, intervenues en 1982, sont connues sous le nom du Ministre du Travail, Jean Auroux, à l'origine de leur élaboration. Ce dernier déposait, un an plus tôt un rapport dont l'idée principale était ainsi résumée : « citoyens dans la cité, les travailleurs doivent l'être aussi dans l'entreprise ». Le rapport soulignait que « les libertés publiques, applicables à tout citoyen, doivent entrer dans l'entreprise dans les limites compatibles avec les contraintes de la production » (J. Auroux, *Les droits des travailleurs*, Rapport au Président de la République et au Premier ministre, septembre 1981, La Documentation française, 1981, p. 7).

²² « Le règlement intérieur ne peut contenir :

1° Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;

2° Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;

3° Des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap. »

²³ Loi n° 92-1446 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage.

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 de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

« convictions religieuses »²⁵ pour arrêter ses décisions ou prendre des mesures. Ces dispositifs, qui sont réputés constituer la transposition de la Directive communautaire du 27 novembre 2000²⁶, prohibent à la fois les discriminations directes et les discriminations indirectes. Entre ces deux types de discrimination réside un enjeu de justification.

Une discrimination directe consiste en une mesure directement fondée sur un critère interdit. À ce titre, elle ne peut jamais être justifiée. En revanche, il est possible de démontrer que le critère, en principe illicite, constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante au regard de la nature ou des conditions d'exercice de l'activité. Par exemple, sont illicites les critères relevant du sexe, de l'âge, de la couleur de peau ou de l'apparence physique. Cependant, ces mêmes critères constituent une exigence professionnelle essentielle et déterminante s'il s'agit de choisir une comédienne pour jouer le rôle d'Angela Davis. De même, au regard du sujet qui nous occupe, l'adhésion des salariés aux croyances promues par une entreprise dite de tendance ou de conviction peut constituer une exigence essentielle et déterminante.

Les discriminations indirectes sont également interdites. Dans ce cas, il s'agit de mesures en apparence neutres mais qui, en fait, conduisent à un désavantage pour une catégorie de personnes identifiables au regard d'un des critères prohibés. Autrement dit, ce qui est proscrit ici n'est pas une cause discriminatoire, mais un effet. Par exemple, une mesure qui tendrait à défavoriser les salariés à temps partiel peut constituer une discrimination indirecte fondée sur le sexe dès lors que, statistiquement, les emplois à temps partiel sont principalement occupés par des femmes. Toutefois, la qualification de discrimination indirecte pourra plus

²⁵ Article L. 1132-1 du Code du travail, avec les éléments que nous soulignons : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français ».

²⁶ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

facilement être écartée. Pour ce faire, il faut démontrer que la mesure repose sur un motif objectif et légitime, et que les moyens pour l'atteindre sont appropriés et nécessaires.

À ce contexte normatif s'ajoute un contexte judiciaire.

B. Le contexte judiciaire.

L'arrêt du 22 novembre 2017 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation s'inscrit dans un contexte judiciaire particulier car ce n'est pas la première fois que cette juridiction se prononce dans une affaire où une salariée a été licenciée pour avoir refusé d'enlever son voile islamique. Référence est ici faite à la retentissante affaire *Baby Loup*, du nom de cette association de quartier qui gérait une crèche et qui avait licencié pour faute grave sa directrice adjointe. Il était reproché à cette dernière de refuser de quitter son voile alors qu'une disposition du règlement intérieur imposait un devoir de neutralité à chacun des membres du personnel dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par l'association, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants. Cette affaire avait donné lieu à l'affirmation de positions contraires, par deux formations distinctes de la Cour de cassation et avait incité le pouvoir législatif à intervenir.

En effet, dans un arrêt du 19 mars 2013²⁷, la Chambre sociale de la Cour de cassation a affirmé que « le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public ». Par conséquent, la salariée de la crèche *Baby Loup* bénéficiait des protections du Code du travail : à la fois celles qui exigent que les restrictions apportées à la liberté de religion soient justifiées et proportionnées et celles qui prohibent les discriminations fondées, notamment, sur les convictions religieuses. Or, pour la Chambre sociale, la restriction apportée par le règlement intérieur à la liberté de religion, en ce qu'elle s'appliquait à tout le personnel, pour toutes activités et en tous lieux, était trop générale et imprécise. Par ailleurs, puisque le non-port du voile ne constituait pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante, le licenciement de la salariée était nul, car prononcé pour un motif discriminatoire.

²⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, 19 mars 2013, *Bull. civ.* V, n° 75.

Cette solution n'a pas été reprise par la Cour d'appel de renvoi, laquelle a estimé au contraire que la restriction à la liberté de manifester sa religion était, compte tenu de la dimension restreinte de l'association, justifiée et proportionnée. C'est pourquoi, le nouveau pourvoi formé par la salariée contre cette dernière décision a été porté devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Celle-ci, dans un arrêt du 25 juin 2014²⁸, s'est rangée derrière l'appréciation de la cour d'appel de renvoi, retenant que « la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché ». Retenant le caractère justifié du licenciement pour faute grave, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation ne s'est pas même placée sur le terrain des discriminations.

Ce feuilletton judiciaire et les dissonances, au sein de la Cour de cassation, entre la Chambre sociale et l'Assemblée plénière, participent du caractère remarquable de l'affaire *Baby Loup*. Mais cette dernière est encore à l'origine de l'introduction, dans le Code du travail, d'un nouvel article. Dans le but de permettre aux employeurs qui le souhaitent d'imposer une politique de neutralité au sein de leur entreprise, la loi du 8 août 2016, dite « Loi Travail »²⁹, a inséré un nouvel article L. 1321-2-1³⁰. Selon ce texte, « le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions 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 ».

Ce texte interpelle en ce qu'il diffère, par sa rédaction et sa teneur, de ceux introduits en 1982 et en 1992 dans le Code du travail pour protéger les droits et libertés dont la personne du salarié est titulaire. En effet, les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail *interdisent*

²⁸ Cour de cassation, Assemblée Plénière, 25 juin 2014, *Bull. Ass. Plén.*, n° 1.

²⁹ Loi n° 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

³⁰ Cette disposition a été introduite par le Sénat en première lecture (Séance du 14 juin 2016) afin, selon la sénatrice Françoise Laborde ayant présenté l'amendement, « d'éviter des affaires comme celle de la crèche Baby Loup ». Répondant au Président du Sénat qui demandait quel était l'avis du Gouvernement sur cet amendement, la Ministre du Travail, Myriam El Khomri, répondait à la sénatrice partager « tout à fait votre objectif de lutter contre les communautarismes, y compris dans l'entreprise ». Ce texte n'a fait l'objet d'aucune discussion devant l'Assemblée Nationale, la loi ayant été adoptée par application de l'article 49 alinéa 3 de la Constitution qui permet au Gouvernement d'engager sa responsabilité devant l'Assemblée nationale afin de faire adopter une loi sans vote.

qu'il soit porté atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives sauf à ce que cela soit justifié et proportionné. L'article L. 1321-2-1, lui, *autorise* les restrictions. Si les conditions de justification et de proportionnalité demeurent, il n'en reste pas moins que cette rédaction inverse la logique, renverse le principe de l'interdiction. En outre, si les dispositions datant de 1982 et de 1992 avaient pour but de faire entrer les libertés dans l'entreprise, celle de 2016 est d'une autre teneur. Le texte permet d'exiger des salariés qu'ils taisent au sein de l'entreprise, toutes leurs convictions, pas seulement religieuses.

C'est dans ce contexte particulier que la Cour de cassation, en sa Chambre sociale, a rendu l'arrêt du 22 novembre 2017 dont il convient de livrer une analyse.

II- L'analyse critique.

Si l'arrêt du 22 novembre 2017 de la Chambre sociale de la Cour de cassation constitue la *suite française* des arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 14 mars 2017, c'est avant tout parce que la Cour de cassation se prononce dans le cadre de l'affaire qui l'avait conduite à soulever une question à titre préjudiciel. À cet égard, la Cour de cassation tranche le litige qui lui était soumis (A). Mais la Cour de cassation va plus loin en tirant les conclusions de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne rendu dans le cadre de l'affaire belge³¹, distincte de l'affaire française en ce que l'interdiction faite à la salariée de porter un voile découlait d'une disposition du règlement intérieur et non d'un ordre direct de l'employeur. À cet égard, la Cour de cassation livre un véritable mode d'emploi des clauses dites de neutralité pouvant être insérées, par application de l'article L. 1321-2-1 du Code du travail, dans un règlement intérieur (B).

³¹ Voir la contribution dans le présent ouvrage de Fabienne Kéfer, *Religion at work. The belgian experience*.

A. Le litige soumis.

Le premier apport de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2017 est de trancher, conformément à l'interprétation fournie par la Cour de Justice de l'Union Européenne, le litige soumis.

Cette affaire française concerne une salariée – Madame Bougnaoui – ingénieure d'étude d'une société informatique – Micropole – qui, depuis son embauche, a toujours revêtu le foulard islamique. À la suite de son intervention sur le site d'un client, son employeur lui a cependant demandé de cesser de porter un tel signe religieux car le client avait fait savoir que cela avait gêné un certain nombre de collaborateurs et qu'il souhaitait qu'il n'y ait « pas de voile la prochaine fois ». La salariée ayant refusé de se soumettre à cet ordre, l'employeur l'a licenciée pour faute.

Pour se prononcer dans cette affaire, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de transmettre à la Cour de Justice de l'Union Européenne une question à titre préjudiciel³², ancrant ainsi le débat sur le terrain des discriminations qui avait été ignoré par l'Assemblée Plénière dans le cadre de l'affaire Baby Loup. En effet, conformément à la directive 78/2000/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, les discriminations directement fondées sur la religion ou les convictions sont interdites. Toutefois, les États membres peuvent prévoir qu'une mesure, fondée sur l'un de ces critères de distinction illicite, ne constitue pas une discrimination s'il s'agit de répondre « à une exigence professionnelle essentielle et déterminante ». C'est ce qu'aménage, en droit interne, l'article L. 1133-1 du Code du travail³³. La Cour de cassation a donc interrogé la Cour de Justice sur le point de savoir si le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de service informatiques de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice. À cette question, la Cour de Justice de l'Union Européenne a répondu par la négative dans son arrêt du 14 mars

³² Cour de cassation, Chambre sociale, 9 avril 2015, *Bull. civ. V*, n° 75.

³³ « L'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

2017. Elle a retenu que la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante ne saurait « couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers de clients »³⁴. Restait à la Cour de cassation à trancher le litige qui lui était soumis.

Sans grande surprise, la Chambre sociale, dans son arrêt du 22 novembre 2017, a considéré que le licenciement prononcé en raison du non-respect de l'ordre donné à la salariée de cesser de porter un voile constituait une mesure discriminatoire directement fondée sur les convictions religieuses. Autrement dit, l'interdiction ordonnée par l'employeur de manifester ses convictions religieuses constitue bien la prise en compte d'un critère prohibé sans que les souhaits des clients puissent couvrir cette interdiction d'objectivité. Le choix de porter un voile n'empêche nullement l'exercice de fonctions d'ingénieure d'études et une demande contraire de la clientèle ne constitue pas une exigence professionnelle et déterminante.

Cette solution bienvenue n'aurait sans doute requis aucun support de la part de la Cour de Justice de l'Union Européenne si le client avait exigé de ne plus être en contact avec une femme, une personne atteinte d'un handicap, une personne ayant la peau noire ou encore une personne homosexuelle. Elle est désormais expressément affirmée s'agissant du port de signes religieux. Toutefois, la Cour de cassation complète sa solution en envisageant qu'une telle interdiction ne repose pas sur un ordre oral mais sur une disposition écrite contenue dans le règlement intérieur. À cet égard, elle fournit un mode d'emploi des clauses de neutralité.

B. Clauses de neutralité, mode d'emploi.

L'arrêt du 22 novembre 2017 retient surtout l'attention car il fournit une solution au-delà de la seule hypothèse liée à l'affaire. Pour plus de clarté, la Cour de cassation a d'ailleurs pris soin de publier sur son site internet, une note explicative. En somme, la Cour de cassation tire toutes les conclusions des deux arrêts de la Cour de Justice du 14 mars 2017³⁵ et fournit

³⁴ CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, *Bougnaoui et ADDH*, n° C-188/15, §40.

³⁵ P. Adam, « La CJUE ou l'anticyclone européen (À propos de la neutralité religieuse dans l'entreprise privée) », *RDT* 2017. 422 ; S. Laulom, Un affaiblissement de la protection européenne contre les discriminations, *SSL* 27 mars 2017, p. 6.

une première compréhension de la nouvelle disposition du Code du travail autorisant l'insertion de clauses de neutralité dans le règlement intérieur³⁶. Sa solution répond à deux interrogations.

La première question est la suivante : l'interdiction faite par l'employeur aux salariés de manifester leurs convictions perd-elle son caractère discriminatoire lorsqu'elle repose sur une règle interne à l'entreprise ?

Cette hypothèse renvoie à l'affaire belge pour laquelle il existait une telle règle, d'abord non-écrite puis introduite dans le règlement intérieur, qui faisait interdiction aux travailleurs de porter sur le lieu de travail des signes visibles de leurs convictions aussi bien politiques, philosophiques que religieuses. Pour la Cour de Justice de l'Union Européenne, cette interdiction ne constitue pas une discrimination directe dans la mesure où elle est posée de manière générale et indifférenciée : elle vise à interdire tous les signes visibles de convictions, quelles que soient leur nature.

Cette solution est contestable. L'interdiction, bien que générale et indifférenciée, n'en est pas moins discriminatoire. Car la manifestation de toutes les convictions, qu'elles soient religieuses, philosophiques ou politiques, sont protégées par les règles de prohibition des discriminations. Par conséquent, ce n'est pas parce qu'une interdiction est large, en saisissant plusieurs critères illicites, qu'elle devient admissible. Au contraire ! Elle n'en est que plus grave³⁷. La Cour de Justice confond alors absence d'inégalité de traitement entre les personnes affichant leurs convictions et existence d'une discrimination³⁸.

Dans son arrêt du 22 novembre 2017, la Cour de cassation reprend – parce qu'elle y est tenue – l'interprétation de la Cour de Justice. Elle en restreint tout de même la portée. En effet, pour la Cour de cassation, la règle interne à l'entreprise portant une telle interdiction ne peut résulter que du règlement intérieur ou d'une note de service (soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur en vertu de l'article L. 1321-5 du Code du travail). À défaut, l'interdiction de manifester ses convictions est inopposable aux salariés. Cette exigence propre au droit national a deux conséquences. D'une part, cela signifie que la disposition sera soumise

³⁶ J. Mouly, « Le voile dans l'entreprise et les clauses de neutralité : les enseignements de la CJUE "traduits" en droit interne par la Cour de cassation », *D.* 2018. 218.

³⁷ L'affirmation serait plus évidente encore si étaient expressément visées – mais la référence aux convictions politiques ne les inclue-t-elle pas ? – les convictions syndicales.

³⁸ Discriminez-les tous, vous donnerez l'impression de n'en discriminer aucun !

à la consultation obligatoire des représentants du personnel³⁹ et qu'elle sera communiquée à l'inspection du travail⁴⁰ chargée de son contrôle⁴¹. D'autre part, la Cour de cassation prend ainsi en compte le nouvel article L. 1321-2-1 du Code du travail qui autorise l'insertion, dans le règlement intérieur, d'une clause de neutralité. Ce faisant, elle fait de cet instrument la source exclusive des clauses restrictives de la manifestation des convictions des salariés.

Ces garanties ne lèvent cependant pas une difficulté : le règlement intérieur est un instrument du pouvoir, un document rédigé par l'employeur. Or, les solutions rendues par la Cour de cassation et par la Cour de Justice de l'Union Européenne permettent à l'employeur, par l'expression de son pouvoir normatif, d'échapper à la qualification de discrimination directe qui vaut, en revanche, à l'égard d'un ordre qu'il aurait donné oralement.

La qualification de discrimination directe étant – à tort – écartée, l'autre interrogation soulevée était de savoir si l'interdiction réglementaire de porter le voile pouvait être constitutive d'une discrimination indirecte.

Une telle possibilité n'est pas exclue par la Cour de Justice de l'Union Européenne. En effet, il se peut que cette mesure en apparence neutre – puisqu'elle traite de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur interdisant à tous, la manifestation de leurs convictions de toute nature – aboutisse, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à des convictions spécifiques, en l'occurrence, les salariées de confession musulmane. Les juges nationaux sont donc invités par la Cour de Justice de l'Union Européenne à vérifier, d'une part, que la mesure est objectivement justifiée par un motif légitime et, d'autre part, que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. À ces conditions, la qualification de discrimination indirecte est elle aussi écartée. Cependant, la Cour de Justice a apporté deux précisions supplémentaires qui lient la Cour de cassation.

D'abord, la Cour qui siège à Luxembourg a identifié, dans l'arrêt rendu dans le cadre de l'affaire belge, un motif qu'elle qualifie de légitime et d'objectif. Selon la Cour de Justice, « la volonté d'afficher, dans les relations avec les clients [...] une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse doit être considérée comme légitime »⁴², ce « souhait de

³⁹ Article L. 1321-4 du Code du travail.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Article L. 1322-1 du Code du travail.

⁴² CJUE, gr. ch., 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, n° C-157/15, § 37.

l'employeur [...] se rapporte à la liberté d'entreprendre reconnue à l'article 16 de la Charte »⁴³ des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Pareille position est surprenante et même contradictoire avec celle adoptée dans le cadre de l'affaire française. En effet, la Cour de Justice avait alors retenu que la volonté de l'employeur de prendre en compte les souhaits de clients était une considération subjective ne permettant pas d'écarter une discrimination directe. Comment, dans l'hypothèse où il existe une disposition dans le règlement intérieur, cette même volonté, portant cette fois sur un souhait présumé d'une clientèle supposée intolérante, pourrait-elle devenir un motif légitime et objectif écartant la discrimination indirecte ? Il s'agit pourtant du même pouvoir qui s'exprime à travers un support différent. Qu'elles relèvent d'un ordre oral ou d'une clause du règlement intérieur, les deux situations doivent être considérées de manière identique⁴⁴. Certes la Cour de cassation adopte, dans son arrêt, une rédaction plus prudente puisqu'elle parle de « la poursuite par l'employeur d'une politique de neutralité ». Mais la note explicative publiée sur le site internet fait bien référence à la « volonté de l'entreprise », à « un souhait, se rapportant à la liberté d'entreprendre ». Qu'on la rattache à la liberté d'entreprendre est sans incidence : cette volonté, par définition, est subjective. Elle ne saurait légitimer ni rendre objective l'interdiction de manifester ses convictions. Autrement dit, une politique de neutralité ne peut « auto-légitimer » une clause de neutralité !

Ensuite, la Cour de Justice de l'Union Européenne exige que les moyens pour réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires. Pour ce faire, elle livre certaines indications⁴⁵ que la Cour de cassation va reprendre, les érigeant en conditions de validité et de mise en œuvre de la clause de neutralité. Ainsi, pour être valide, la clause de neutralité doit-elle être générale et indifférenciée et ne concerner que les salariés qui se trouvent en contact visuel avec les clients. En outre, lorsque le salarié refuse de dissimuler ses convictions en application de la clause valide, l'employeur doit rechercher s'il est possible de proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec les clients. Ce n'est que s'il n'y parvient pas, qu'il pourra procéder à un licenciement. Cette nouvelle obligation de reclassement, qui devra être précisée quant à son périmètre et quant aux types de postes proposés, promet un « nid à contentieux »⁴⁶. Pour

⁴³ *Ibid.*, § 38.

⁴⁴ Dans le même sens, voir la vigoureuse analyse de M.-F. Bied-Charreton, « La liberté de manifester ses convictions dans l'entreprise par le port d'un signe extérieur », *Dr. Ouvr.* 2018. 81.

⁴⁵ *Ibid.* § 40, 42 et 43.

⁴⁶ G. Calvez, « Politiques de neutralité au sein des entreprises privées : un feu vert de la CJUE ? », *SSL* 27 mars 2017, p. 6.

l'heure, la Cour de cassation précise seulement que cette obligation doit être remplie en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, celle-ci ne devant subir aucune charge supplémentaire. Reste qu'en énonçant ces différentes conditions, la Cour de cassation encadre l'application du nouvel article L. 1321-2-1 du Code du travail dont l'énoncé ne comporte aucune limite à l'égard des salariés pouvant être concernés ni obligation de reclassement. C'est dire si l'arrêt de la Chambre sociale du 22 novembre 2017 restreint déjà la portée de cet article.

Malgré ces limites, les solutions rendues laissent dubitatif. Pourquoi distinguer selon que l'interdiction de porter le voile émane d'un ordre individuel ou d'une clause du règlement intérieur ? Dans les deux cas, il s'agit de la manifestation du même pouvoir de l'employeur. Seul le vecteur diffère. Autrement dit, ce que l'employeur ne peut en enjoignant directement une salariée de retirer son voile, il pourra le faire par la seule insertion d'une clause de neutralité dans le règlement intérieur. L'objectif est pourtant le même, il relève de la même volonté, il résulte du même pouvoir. Seulement, dans le second cas, la Cour de Justice, comme la Cour de cassation affirment que la mesure n'est pas discriminatoire⁴⁷ et, par la même occasion, admettent plus largement que soit atteinte la liberté de manifester toutes sortes de convictions, pas seulement religieuses, de tous les salariés.

Après les arrêts *Viking* et *Laval*, c'est donc une nouvelle illustration de l'importance acquise, devant la Cour de Justice par la liberté d'entreprendre, comme source de soumission et de restriction des libertés et non comme source d'émancipation. À travers la liberté de religion, cette tendance gagne aujourd'hui le droit français et compromet plus généralement la garantie des droits et libertés des salariés face au pouvoir de l'employeur. Faut-il rappeler ce que la Cour de cassation indiquait dans son Rapport annuel, il y a dix ans : « Parce qu'elles reposent sur une conception irréductible de l'homme, les discriminations sont, par principe, indisponibles. [...] Une discrimination ne peut pas être justifiée par une raison supérieure puisque sa prohibition a précisément pour objet de protéger une valeur supérieure »⁴⁸. La prise en compte de la liberté d'entreprendre ne devrait pas pouvoir déroger à cet impératif.

⁴⁷ Telle n'est pas, cependant, la position du Comité des droits de l'homme qui, le 16 juillet 2018, a condamné la France, dans le cadre de l'affaire *Baby Loup*, pour violation du Pacte de New-York sur les droits civils et politiques. Voir J. Mouly, « L'affaire *Baby Loup* devant le Comité onusien des droits de l'homme : vers une révision déchirante de la jurisprudence internet ? », *D.* 2018. 2097.

⁴⁸ Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*, La documentation française, 2008, p. 87.