



HAL
open science

La mobilisation contentieuse limitée de la discrimination au travail en raison des convictions religieuses

Nicolas Moizard

► To cite this version:

Nicolas Moizard. La mobilisation contentieuse limitée de la discrimination au travail en raison des convictions religieuses. *Revue du droit des religions*, 2024, La diversité religieuse dans l'entreprise, 18, pp.15-32. <10.4000/12pbe>. <hal-04954675>

HAL Id: hal-04954675

<https://hal.science/hal-04954675v1>

Submitted on 18 Feb 2025

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.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC 4.0 - Attribution - Non-commercial use - International License

La mobilisation contentieuse limitée de la discrimination au travail en raison des convictions religieuses

Nicolas Moizard



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdr/2397>

DOI : 10.4000/12pbe

ISSN : 2534-7462

Éditeur

Presses universitaires de Strasbourg

Édition imprimée

Date de publication : 17 novembre 2024

Pagination : 15-32

ISBN : 979-10-344-0240-3

ISSN : 2493-8637

Référence électronique

Nicolas Moizard, « La mobilisation contentieuse limitée de la discrimination au travail en raison des convictions religieuses », *Revue du droit des religions* [En ligne], 18 | 2024, mis en ligne le 17 novembre 2024, consulté le 26 novembre 2024. URL : <http://journals.openedition.org/rdr/2397> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/12pbe>



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

La mobilisation contentieuse limitée de la discrimination au travail en raison des convictions religieuses

Nicolas MOIZARD

Université de Strasbourg / CNRS, Droit, religion, entreprise et société (DRES)

RÉSUMÉ

La lutte contre la discrimination au travail en raison des convictions religieuses a, en raison des spécificités de ce motif, une portée contentieuse limitée. Les difficultés d'identifier ce type de discrimination en droit français freinent le développement des actions en justice, alors que le phénomène peut être souvent systémique.

ABSTRACT

Due to the distinctive characteristics of this ground, litigation against discrimination in the workplace on the grounds of religious belief is constrained in its scope. The challenges in identifying this type of discrimination in French law are impeding the advancement of legal action, even though the phenomenon can often be systemic.

La discrimination en raison des convictions religieuses est longtemps restée anecdotique en droit français¹. Le premier article du Code du travail consacré à la lutte contre les discriminations au travail est récent. Il est issu d'une disposition de la loi Auroux du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise². Les motifs illicites de discrimination reconnus dans cette loi sont alors peu nombreux et le champ d'application est restreint puisqu'il ne concerne que la sanction et le licenciement d'un salarié, alors que les textes actuels couvrent toute la relation de travail, y compris le recrutement. Toutefois, les convictions religieuses font partie de la liste du premier article général du Code du travail sur la discrimination au travail. S'agissant des autres libertés d'expression et de conviction, seules les opinions politiques et les activités syndicales font l'objet d'une protection. Le droit français consacre donc la spécificité des convictions religieuses au sein des convictions protégées par le droit de la non-discrimination. La formulation retenue par le droit de l'Union semble à première vue moins protectrice. La directive 2000/78 « cadre général d'emploi » établit « un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions³ ». L'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a repris la même formulation. La Cour de justice de l'Union européenne a refusé de reconnaître l'autonomie de la discrimination fondée sur la religion en estimant que « la religion ou les convictions » constituent un seul et unique motif de discrimination couvrant tant les convictions religieuses que les convictions philosophiques ou spirituelles⁴. On peut dès lors s'interroger sur la marge d'appréciation de la France sur l'individualisation du motif des convictions religieuses dans le Code du travail, même si, comme nous le verrons, cela n'a pas empêché les jurisprudences françaises et européennes de converger.

Les convictions religieuses ne constituent pas un élément des conditions de travail, à l'instar du temps de travail ou de la rémunération. Le contentieux va se fixer sur l'aspect externe de la liberté religieuse, à savoir la liberté de

1. V. une affaire concernant le licenciement d'une enseignante remariée après un divorce dans un établissement scolaire privé, mais qui n'évoque pas la discrimination : Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Dame Roy c. Institution Sainte-Marthe*. V. également Cass. soc., 20 nov. 1986, n° 84-43.243, relatif à la rupture du contrat d'une enseignante à la faculté libre de théologie protestante de Montpellier.

2. Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise créant l'art. L. 122-45 du Code du travail qui se trouve désormais à l'art. L. 1132-1 du même code.

3. Dir. 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, art. 1^{er}.

4. CJUE, 13 oct. 2022, n° C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L. : M. SCHMITT et N. MOIZARD*, « La CJUE et l'invisibilité des femmes musulmanes voilées au travail », *Dr. ouvr.* 2022, p. 465.

manifester ses convictions religieuses⁵. Ces convictions entrent donc dans la relation de travail à travers les libertés et droits fondamentaux de la personne. Dans un arrêt du 24 mars 1998 relatif au licenciement d'un boucher de Mayotte qui refusait de manipuler du porc en raison de sa religion, la chambre sociale de la Cour de cassation estime que les convictions religieuses du salarié n'entrent pas, « sauf clause expresse », dans le cadre du contrat de travail⁶. On peut douter que la motivation serait similaire aujourd'hui, compte tenu de la progression des libertés fondamentales dans les relations de travail. En 2010, un jugement d'un conseil de prud'hommes dans l'affaire de la crèche Baby-Loup va avoir un écho médiatique important⁷. L'affaire *Baby-Loup* relative à une directrice adjointe d'une crèche associative située à Chanteloup-les-Vignes qui refusait de retirer son foulard, en contradiction avec une clause du règlement intérieur de l'association, va soulever un débat sur la confrontation des valeurs républicaines de la France avec la liberté religieuse du salarié sur son lieu de travail⁸. À partir du premier arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation dans cette affaire, va naître un débat sur la licéité d'une obligation de neutralité des convictions en dehors des services publics⁹.

La discussion ne se limite pas aux discriminations, mais couvre la question des libertés¹⁰. La liberté religieuse est protégée en droit européen, à l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹, et en droit du travail français à l'article L. 1121-1 du Code du travail qui vise « les libertés individuelles et collectives¹² ». Il résulte d'emblée à la lecture de ces textes que le droit de manifester des convictions religieuses n'est pas absolu. Sous le visa du Code du travail, de la Convention européenne et de la directive 2000/78,

5. Pour la Cour EDH, les limitations prévues au second paragraphe de l'article 9 de la Convention EDH portent uniquement sur le droit de manifester une religion ou une conviction et non sur le droit d'en avoir (*Ivanova c. Bulgarie*, 2007, § 79).

6. V. Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738 : *Dr. soc.* 1998, p. 614, obs. J. SAVATIER.

7. Cons. prud'h. Mantes-la-Jolie, 13 déc. 2010.

8. Cass. ass. pl., 25 juin 2014, n° 13-28.369 : *JCP S* 2014, 1287, B. BOSSU.

9. Cass. soc. 19 mars 2013, n° 11-28-845 : *Dr. soc.* 2013, p. 388, obs. E. DOCKÈS ; *D.* 2013, p. 963, J. MOULY.

10. M. SWEENEY, « Les critères discriminatoires. Vision du travailliste », *Dr. soc.* 2020, p. 293. Sur l'articulation de la liberté de religion et du principe de non-discrimination, V. F. LARONZE, comm. sous CEDH, 15 janv. 2013, n° 48420/10, 59842/10, 36516/10 : *RDT* 2013, p. 337.

11. CEDH, 15 janv. 2013, n° 48420/10, *Eweida et a. c. Royaume-Uni* : *RTDH* 2013, p. 975, note G. GONZALEZ.

12. Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 proclame que tout être humain possède des droits inaliénables et sacrés « sans distinction de croyance ».

la chambre sociale de la Cour de cassation évoque « les restrictions à la liberté religieuse¹³ ». Les discussions portent essentiellement sur les restrictions qui peuvent être apportées à la liberté religieuse dans le milieu de travail.

La chambre sociale de la Cour de cassation analyse ces possibles restrictions à travers le droit de la non-discrimination¹⁴. Un dialogue s'est instauré avec la Cour de justice de l'Union européenne. C'est la jurisprudence de la CJUE qui a apporté les évolutions les plus notables dans l'interprétation de la directive 2000/78 « cadre général d'emploi ». Elle a arbitré en faveur de la conformité au droit européen d'une règle de neutralité des convictions interne à l'entreprise privée¹⁵ et plus récemment dans le secteur public¹⁶. En droit français, le Code du travail ouvre la faculté d'une telle clause dans le règlement intérieur de l'entreprise qui n'assure pas un service public¹⁷. La Cour de cassation se range derrière la position de la Cour de justice¹⁸. Les contentieux devraient se tarir, dès lors qu'une entreprise a respecté les critères légaux et jurisprudentiels d'une clause de neutralité des convictions. Seule la mise en œuvre de celle-ci pourrait donner lieu à des discussions. Il reste donc à évaluer, en dehors de ce type de clause, la possibilité de mobiliser en justice la discrimination en raison des convictions religieuses.

L'article L. 1132-1 du Code du travail, qui liste les motifs illicites de discrimination, n'organise aucune hiérarchie entre eux. Aucun aménagement n'est consacré aux convictions religieuses dans le Code du travail. Aucune

13. V. par ex. Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855.

14. La jurisprudence aurait pu également se développer sur le fondement du trouble objectif caractérisé sur le fonctionnement de l'entreprise (V. en ce sens, Cass. soc., 17 avr. 1991, n° 90-42.636). V. sur les différentes approches possibles : C. MATHIEU, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », *Dr. soc.* 2012, p. 17.

15. CJUE, 14 mars 2017, n° C-157/15, *Samira Achbita c. G4S Secure Solutions*, pt 39 : *AJDA* 2017, p. 551 ; p. 1106, chron. E. BROUSSY, H. CASSAGNABÈRE, C. GÄNSER et P. BONNEVILLE ; *D.* 2017, p. 947, note J. MOULY ; *D.* 2018, p. 813, obs. P. LOKIEC et J. PORTA ; *Dr. soc.* 2017, p. 450, étude Y. PAGNERRE ; *Dr. soc.* 2018, p. 663, étude Y. PAGNERRE et S. DOUGADOS ; *RDT* 2017, p. 422, obs. P. ADAM ; *RTD eur.* 2017, p. 229, étude S. ROBIN-OLIVIER ; *RTD eur.* 2018, p. 467, obs. F. BENOÎT-ROHMER, p. 105 ; *RTD eur.* 2019, étude S. HENNETTE VAUCHEZ ; *Rev. UE* 2017, p. 342, étude G. GONZALEZ.

16. CJUE, 28 nov. 2023, n° C-148/22, *Commune d'Ans*.

17. En droit français, V. C. trav., art. L. 1321-2-1 : C. WOLMARK, « Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs », *Dr. ouvr.* 2017, p. 825 ; Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855 ; B. GÉNIAUT, « Sur la mission de l'employeur de faire respecter les libertés et droits fondamentaux. Essai d'interprétation », in *Mélanges en l'honneur de Marc Véricel*, Paris, Mare & Martin, 2023, p. 169.

18. Il ne reste plus à la chambre sociale qu'à prendre en compte la condition posée par l'arrêt WABE de la CJUE d'un « besoin véritable de l'employeur pour mettre en œuvre une clause de neutralité » (CJUE, 15 juill. 2021, n°s C-804/18 et C-341/19, *WABE eV et MH Müller Handels GmbH*, pt 64).

décision n'a pour l'instant mis en cause l'authenticité des convictions religieuses mises en avant par un salarié ou la conformité d'une pratique à une religion donnée¹⁹, ce qui rejoint la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁰. Parfois, les juges vont attribuer une signification religieuse à un acte, comme cela a été le cas pour le serment à la RATP²¹. Nous étudierons principalement les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation. Le contentieux n'est pas massif, mais des décisions sont régulièrement rendues et sont largement commentées par la doctrine. Le droit de la non-discrimination au travail évolue rapidement. Les premières actions de groupe sont lancées et leur régime sera peut-être assoupli²². La jurisprudence fait aussi de rapides progrès sur l'aménagement de la charge de la preuve. Comment se situe la discrimination en raison des convictions religieuses dans cette dynamique²³? Les contentieux portant sur les religions influencent le droit de la non-discrimination. La clause de neutralité des convictions en constitue un exemple significatif. À l'inverse, on peut se demander si le critère des convictions religieuses a la capacité de bénéficier de l'ensemble des mécanismes de réalisation du droit de la non-discrimination.

Il convient dans un premier temps d'identifier la discrimination en raison des convictions religieuses (1) au regard du régime général du droit de la non-discrimination. Dans un second temps, nous nous focaliserons sur la possibilité pour une victime d'une discrimination en raison de ses convictions religieuses de se prévaloir du droit à la preuve (2) développé récemment par la chambre sociale de la Cour de cassation. Enfin, nous nous interrogerons sur le potentiel développement des exigences professionnelles essentielles et déterminantes qui permettent d'écarter une discrimination directe en raison des convictions religieuses (3).

19. Dans les affaires relatives au port de l'abaya dans les établissements scolaires, le Conseil d'État qualifie facilement le port de cette tenue comme ayant un caractère religieux. Ainsi, il résulte des signalements d'atteinte à la laïcité « que le choix de ces tenues vestimentaires s'inscrit dans une logique d'affirmation religieuse » (CE, ord. réf., 7 sept. 2023, n^{os} 487896, 487975; ord. réf., 7 sept. 2023, n^o 487891).

20. V. CEDH, 15 janv. 2013, n^o 48420/10, *Eweida et a. c. Royaume-Uni*, pt 81.

21. Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n^o 16-10.459: *Dr. soc.* 2017, p. 550, comm. J. MOULY: « il résulte de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer que le serment des agents de surveillance exerçant au sein des entreprises visées par cette disposition peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion. »

22. V. la proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe: Ass. nat., n^o 639, 15 déc. 2022.

23. V. M. MERCAT-BRUNS, « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé? », *D.* 2017, p. 224; R. MEDARD INGHILTERRA, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ, 2022; D. THARAUD et C. BOYER-CAPELLE, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 123.

1. L'IDENTIFICATION DE LA DISCRIMINATION EN RAISON DES CONVICTIONS RELIGIEUSES AU TRAVAIL

La quasi-totalité des contentieux est relative à des discriminations directes liées à l'expression religieuse au travail. Ce sont majoritairement des femmes musulmanes qui sont concernées. Le spécialiste de droit du travail rencontre une double difficulté s'il appréhende la discrimination en raison des convictions religieuses à travers les contentieux. Il peut croire que seules les femmes musulmanes voilées sont victimes de ce type de discrimination et il ne constate celle-ci que du point de vue de la relation de travail, alors que la discrimination s'est construite dès le plus jeune âge et qu'elle se perpétue dans l'espace public. Le lieu de travail ne se fait alors que le réceptacle de phénomènes plus globaux. De très nombreuses discriminations en raison des convictions religieuses échappent au contentieux puisqu'elles se réalisent à l'embauche et que les recours à ce stade sont très rares. L'employeur sanctionne le salarié parce que celui-ci refuse de retirer un signe religieux. Il existe donc un avant et un après dans la carrière des salariés qui ont manifesté leurs convictions religieuses. Dans une autre hypothèse, le salarié refuse d'obéir à une instruction de l'employeur parce qu'il estime que celle-ci est contraire à sa foi. La chambre sociale de la Cour de cassation motive très peu son raisonnement sur la qualification d'une discrimination directe ou indirecte et, contrairement à la CJUE, ne fait pas un examen successif des formes de discrimination. Une fois que la discrimination directe est rejetée, l'examen ne porte pas sur sa forme indirecte. La discussion technique se réduit donc à la discrimination directe. La discrimination en raison des convictions religieuses pourrait prendre la forme d'une discrimination par association²⁴, par exemple dans une forme d'ostracisation du conjoint qui travaillerait dans la même entreprise. Comme pour d'autres motifs, tels que la prétendue race ou l'ethnie, la discrimination religieuse peut se produire sans victime identifiée, dès lors que des propos publics, par exemple, auraient été tenus sur le refus de recruter un ou une salariée portant certains signes d'expression religieuse²⁵.

Pour caractériser une discrimination illicite, il faut remplir généralement trois conditions : caractériser un traitement moins favorable, d'un groupe par rapport à un autre, fondé sur un motif illicite. Le traitement moins favorable

24. CJUE, 17 juill. 2008, n° C-303/08, *Coleman*.

25. CJUE, 10 juill. 2008, n° C-54/07, *Feryn*; 23 avr. 2020, n° C-507/18, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*.

subi par le salarié sera caractérisé assez facilement dès lors qu'il y a un ordre de l'employeur imposant le retrait du signe religieux ou qu'il interdit un élément de l'apparence physique du salarié, comme la barbe, qu'il qualifie de religieux²⁶. La deuxième condition, la comparaison, n'est pas impérative selon la chambre sociale de la Cour de cassation²⁷. On imagine alors très facilement qu'il pourrait y avoir par exemple un traitement défavorable subi par une femme musulmane qui déciderait de porter un signe religieux au travail à un moment de sa relation de travail. Une comparaison ne serait pas nécessaire. Une difficulté concerne le périmètre du groupe de référence. Dans les affaires sur le port du voile, la CJUE accepte la comparaison au sein d'un groupe de personnes ayant des convictions religieuses différentes, mais la rend très difficile dans la mesure où elle observe que « chaque personne est susceptible d'avoir soit une religion soit des convictions²⁸ ». L'ensemble de la collectivité est pris en compte. La Cour de justice n'a pas repris la proposition de l'avocate générale Laila Medina dans l'affaire *L.F. c. SCRL* que la religion soit une caractéristique indissociable de la personne, dans la continuité de l'arrêt *Hay* relatif à l'orientation sexuelle²⁹. Ainsi, la Cour de justice estime que la règle d'une entreprise qui se borne à interdire le port des seuls signes ostentatoires de grande taille de convictions notamment religieuses ou philosophiques ne constitue pas en elle-même une discrimination directe. Elle n'est susceptible de la constituer que dans les cas où ce critère est indissociablement lié à une ou plusieurs religions ou convictions déterminées³⁰. Le rattachement au motif de discrimination est généralement évident lorsque la décision de l'employeur est fondée sur la manifestation religieuse du salarié. Dans l'affaire du gardien sikh de cimetière qui avait refusé une mutation géographique pour raisons religieuses³¹, des auteurs ont

26. Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-23.743 : *RDT* 2020, p. 620, note L. WILLOCX.

27. Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-16.130, relatif à une salariée désignée « la libanaise », soit directement devant elle, soit en son absence.

28. CJUE, 15 juill. 2021, n° C-804/18 et C-341/19, *WABE eV et MH Müller Handels GmbH*, pt 52.

29. CJUE, 12 déc. 2013, n° C-267/12, *Hay*, pt 44. V. les conclusions de l'avocat général L. Medina dans l'affaire n° C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, pts 61 et s. ; N. MOIZARD, « La discrimination directe sort de son lit. À propos de CJUE, Gde ch., 26 janvier 2021, VL, aff. C-16/19 », in *Le droit social en dialogue. Mélanges en l'honneur de Marie-Ange Moreau*, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 371.

30. CJUE, 13 oct. 2022, n° C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, pt 37.

31. Cass. soc., 19 janv. 2022, n° 20-14.014 : *D.* 2022, p. 492, note J. MOULY ; *Dr. soc.* 2022, p. 397, note N. ANCIAUX et J. ICARD ; *SSL* 2022, n° 1985, note P. ADAM ; *JCP S* 2022, 1064, note B. BOSSU. En l'espèce, le salarié, chef d'équipe d'une société de nettoyage, avait refusé une nouvelle affectation dans un cimetière, décidée en application d'une clause de mobilité stipulée à son contrat de travail, en invoquant ses convictions hindouistes.

relevé que « le simple fait que le motif religieux soit excipé par le salarié pour s'opposer à sa mutation conduit les juges du fond et la Cour de cassation à se placer sur le terrain de la discrimination³² ». La causalité serait automatique. Toutefois, en matière de discrimination, comme nous le verrons, la charge de la preuve aménagée ne repose pas sur le salarié³³.

La discrimination intersectionnelle permettrait de révéler des discriminations en raison de convictions religieuses. La discrimination intersectionnelle concerne une discrimination qui résulte de la conjonction de différents motifs. Le traitement moins favorable résulte d'une combinaison inséparable des deux motifs, sans que l'on puisse mesurer la part de chacun. Par deux fois, la chambre sociale de la Cour de cassation a rapproché deux motifs de discrimination, en qualifiant des discriminations directes fondées sur l'apparence physique en lien avec le sexe³⁴. La notion devrait faire son entrée dans la législation française suite à la récente reconnaissance de la discrimination intersectionnelle dans la directive 2023/970 visant à renforcer l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes pour un même travail ou un travail de même valeur³⁵. La discrimination intersectionnelle pourra résulter d'un croisement entre le sexe et les convictions religieuses³⁶. Celles-ci seront susceptibles d'être prises en compte de façon indirecte, à travers les critères de race et d'ethnie ou celui de l'origine, qui est propre au droit français, sans que les périmètres des personnes concernées se rejoignent nécessairement. L'apparence physique, qui intègre des éléments choisis par la personne, pourrait aussi être rapprochée du critère des

Il s'était vu sanctionné par une mutation disciplinaire sur un autre site, mutation qu'il avait à nouveau refusée, ce qui avait entraîné son licenciement.

32. V. N. ANCIAUX et J. ICARD, « Exiger l'exécution de la prestation de travail est-ce discriminer ? La perversion de la notion de discrimination », *Dr. soc.* 2022, p. 397.

33. Cass. soc., 4 oct. 2023, n° 22-14.679.

34. Cass. soc., 23 nov. 2022, n° 21-14.060 : *SSL* 2022, n° 2024, note P. ADAM ; *RDT* 2023, p. 267, comm. M. MERCAT-BRUNS ; *Dr. soc.* 2023, p. 338, N. MOIZARD ; *Dr. ouvr.* 2023, p. 240, note L. WILLOCX. – Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213 : *Bull. civ.* V, n° 12 ; *Dr. soc.* 2012, note J.-P. LHERNOULD ; *JCP G* 2012, I, 281, note M. MERCAT-BRUNS ; *RDT* 2012, p. 159, obs. N. MOIZARD.

35. Dir. 2023/970 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'application du droit, art. 3, par. 2 e). Dans son préambule, la directive s'en tient à citer de façon limitative « les femmes handicapées, les femmes de race ou d'origine ethnique différente, y compris les femmes roms, et les femmes jeunes ou âgées » comme les groupes susceptibles d'être confrontés à une discrimination intersectionnelle (cons. 25).

36. Dir. 2023/970, cons. 25.

convictions religieuses³⁷. Si la caractérisation d'une forme intersectionnelle de discrimination constituait une exigence trop élevée, les salariés soumis à un traitement moins favorable pourraient invoquer une discrimination multiple résultant du cumul de critères³⁸. Il faudra alors établir qu'indépendamment des convictions religieuses, le sexe est à l'origine de la discrimination directe ou indirecte. L'exercice ne sera pas simple. Il faudra par exemple apporter des éléments de fait qui laissent supposer que les salariées qui portent des signes religieux sont défavorisées par rapport aux salariés qui portent également des signes religieux. Le juge devra alors déterminer s'il s'en tient à une religion donnée pour fixer les cercles de comparaison.

La discrimination religieuse pourrait prendre la forme d'une discrimination systémique, se manifestant par des pratiques dans l'organisation du travail, les fonctions assignées et parfois des pratiques harcelantes. La notion de discrimination systémique fait timidement son entrée dans le contentieux français en matière d'égalité professionnelle³⁹. Sur le traitement subi par les femmes musulmanes au travail, par exemple, on pourrait retrouver des pratiques de discriminations intersectionnelles systémiques. La nécessité de faire ressortir des pratiques collectives ancrées dans l'entreprise constitue toutefois un frein⁴⁰. Le recours à la qualification de discrimination indirecte pourrait être utile. Ce sont des critères neutres, liés parfois aux spécificités du secteur (les exigences du secteur du nettoyage ou de la sécurité par exemple), qui produisent des effets discriminatoires. La constitution de groupes de comparaison butera alors sur les mêmes obstacles que l'on constate s'agissant des discriminations directes. Les difficultés pour recueillir des éléments de preuve risquent de limiter le développement du contentieux sur la discrimination systémique sur le motif des convictions religieuses.

2. LES DIFFICULTÉS DE MOBILISER LE DROIT À LA PREUVE

L'établissement d'une supposition de preuve d'une discrimination au travail en raison des convictions religieuses reste souvent difficile. Si une

37. Cass. soc., 23 nov. 2022, n° 21-14.060 ; 11 janv. 2012, n° 10-28.213 : *Bull. civ.* V, n° 12.

38. H. KARIMI, « Des musulmanes entrepreneuses en réseau en France. Faire face aux discriminations multiples », *Travail, genre et sociétés*, n° 44, 2020/2, p. 107.

39. V. CA Paris, 10 mai 2023, n° 21/05342 ; CA Versailles, 28 juin 2023, n° 21/02458.

40. À rapprocher du refus du Conseil d'État de reconnaître un caractère systémique aux contrôles d'identité ciblant les personnes présentant des caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée : CE, 11 oct. 2023, n° 454836, *Amnesty International France et a.*

telle discrimination peut facilement être caractérisée lorsqu'il y a une prise en compte par l'employeur des convictions religieuses d'un salarié lors de l'exécution de la relation de travail, sa détermination devient plus compliquée dès qu'elle est plus diffuse et comporte une dimension collective. Le déplacement de la charge de la preuve d'une discrimination prévu par le Code du travail ne suffit pas⁴¹. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, en réponse au droit européen⁴², édifie un droit à la preuve⁴³. S'agissant de l'accès à la preuve, la chambre sociale de la Cour de cassation fait une interprétation extensive de l'article 145 du Code de procédure civile permettant au salarié qui s'estime discriminé d'accéder à des éléments portant atteinte à la vie personnelle d'autres salariés. Une salariée qui se prévaut d'une inégalité de traitement au regard de ses collègues masculins peut ainsi obtenir en justice communication des bulletins de salaire non anonymisés de salariés masculins ayant occupé ou occupant des postes de niveau comparable au sien⁴⁴.

Le droit à la preuve en matière de non-discrimination permet d'obtenir de l'employeur des pièces pour établir la différence de traitement. Ces pièces servent à construire des panels de comparaison qui sont souvent mobilisés en matière de discrimination syndicale et de discrimination en raison du sexe⁴⁵. La Cour de cassation n'a pas imposé une méthode précise et renvoie aux juges du fond l'appréciation de la pertinence de ces panels⁴⁶. Si tous les motifs sont susceptibles d'entrer dans ce raisonnement, certains nécessitent le recueil de données personnelles sensibles, comme c'est le cas des convictions religieuses⁴⁷. Des avancées notables ont été réalisées sur le motif de l'origine.

41. C. trav., art. L. 1134-1.

42. V. CEDH, 5 sept. 2017, n° 61496/08, *Barbulescu*, § 120: *AJDA* 2018, p. 138, obs. J.-F. RENUCCI; *Dr. soc.* 2018, p. 455, étude B. DABOSVILLE. – CEDH, 17 oct. 2019, n° 1874/13, *López Ribalda et a.*, § 151: *AJDA* 2020, p. 160, chron. L. BURGORGUE-LARSEN; *Dr. soc.* 2021, p. 503, J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY; *RDT* 2020, p. 122, obs. B. DABOSVILLE; *RTD civ.* 2019, p. 815, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

43. Sous certaines conditions, le juge civil peut désormais tenir compte d'éléments de preuve obtenus de manière déloyale. V. Cass. ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648 BR et n° 21-11.330: *RJS* 2/24, n° 72.

44. Cass. soc., 8 mars 2023, n° 21-12.492; pour la discrimination syndicale, Cass. soc., 1^{er} juin 2023, n° 22-13.238; pour une discrimination liée à l'origine, Cass. soc., 15 févr. 2023, n° 21-15.033 – V. J.-Y. FROUIN, «Le droit à la preuve, sens et mode d'emploi», *RJS* 5/23, p. 7.

45. V. *infra* sur la « méthode des panels ».

46. V. Cass. soc., 30 sept. 2015, n° 14-17.748: *Bull. civ.* V, n° 185.

47. V. l'art. 9 du RGPD et l'art. 6 § 1 de la loi « informatique et libertés » (loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).

Dans un arrêt du 14 décembre 2022, la chambre sociale a fait un pas vers la reconnaissance de statistiques en matière de discrimination directe en raison de l'origine⁴⁸. Comme le relève Morgan Sweeney, « la chambre sociale utilise la discrimination en raison de l'origine dans le sens pour lequel elle a été créée : la version euphémisée de la discrimination raciale ou en raison des origines⁴⁹ ». Le demandeur, salarié en CDD d'intérim, alléguait une discrimination à l'embauche en raison de l'origine, suite au rejet de sa candidature en CDI. La chambre sociale a accepté de prendre en considération un panel constitué en comparant des patronymes européens et extra-européens des salariés à partir du registre unique du personnel et de l'organigramme de l'entreprise. Le patronyme peut être un élément pertinent pour apporter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de l'origine, même s'il ne doit pas être le seul élément à prendre en compte⁵⁰.

Ces progrès dans la production des données pour étayer les éléments de preuve laissant supposer l'existence d'une discrimination peuvent-ils s'étendre aux « convictions religieuses » ? Si un salarié s'estime victime d'un traitement moins favorable dans l'évolution de sa carrière et qu'il demande au juge des bulletins de paye, comment activer le droit à la preuve ? Il reste pour l'instant interdit de faire des statistiques de salariés fondées sur leurs convictions religieuses. Le patronyme serait inopérant pour constituer une « technique euphémisée » de preuve. On peut s'interroger sur le critère de l'apparence physique. Cela ne concernerait que les religions qui se caractérisent par des signes vestimentaires ostensibles. Des femmes musulmanes portant le voile pourraient-elles constituer un groupe à comparer aux autres salariées ? On ne chercherait alors qu'à faire émerger le traitement moins favorable subi, non pas par toutes les femmes musulmanes, mais uniquement par celles qui portent le voile. La légalité d'une construction de catégories « femmes voilées » et « femmes non voilées » est par ailleurs fort douteuse. *A fortiori*, le même doute s'étend à la constitution de catégories de femmes qui porteraient d'autres types de signes religieux. Comme pour la caractérisation d'un groupe de comparaison dans la jurisprudence de la Cour de justice sur la clause de neutralité, on ne voit pas comment atteindre une pratique managériale qui ne viserait pas explicitement le port de signes relevant d'une religion déterminée. La discrimination intersectionnelle pourrait être un outil

48. Cass. soc., 12 déc. 2022, n° 21-19.628 : RDT 2023, p. 558, comm. S. LATRAVERSE ; Dr. ouvr. 2023, p. 225, note M. SWEENEY.

49. Dr. ouvr. 2023, p. 225, précit.

50. DÉFENSEUR DES DROITS, CNIL, *Guide méthodologique à l'usage des acteurs de l'emploi : mesurer pour progresser dans l'égalité des chances*, 2012.

utile pour adosser le critère des convictions religieuses à un autre motif. Les convictions religieuses pourraient ainsi retentir sur une discrimination en raison de l'apparence physique. Il s'agirait d'une discrimination en raison de l'apparence physique, rapportée à la religion. La notion de stéréotype, qui fait son entrée en droit de l'Union⁵¹ et qui est en filigrane dans les arrêts de la chambre sociale sur le genre⁵², pourrait aider à faire apparaître les comportements discriminatoires. Le port d'un signe religieux peut véhiculer dans l'entreprise des stéréotypes sur la personnalité du salarié subissant un traitement défavorable, surtout dans le processus d'embauche. Les opérations de testing sont possibles, y compris au niveau de l'entreprise⁵³. La facilitation de ces opérations est en discussion devant le Parlement⁵⁴. Mais pour l'instant, on peut douter du caractère opérationnel de ces testing pour mener ensuite des actions de *Name & Shame*, consistant à rendre public le comportement discriminatoire de certaines entreprises. Cette pratique n'est en effet pas entrée dans la culture française de l'action collective et la liberté de manifester sa religion au travail devrait susciter l'adhésion de l'opinion publique pour qu'elle soit efficace. Or, la manifestation des convictions au travail peut être vue comme un risque potentiel pour la paix sociale⁵⁵.

La discrimination en raison des convictions religieuses est souvent diffuse. Elle peut se manifester par des signes d'hostilité, de rejet ou de stigmatisation sur le lieu de travail qui ne peuvent pas s'expliquer autrement que par de la discrimination. L'hostilité à l'égard des manifestations de signes religieux se concrétisera parfois par des manifestations de harcèlement discriminatoire. Cette forme de harcèlement, qui n'est pas codifiée, a été reconnue par la loi du 27 mai 2008 transposant des directives en matière de discrimination⁵⁶. Contrairement à la qualification générale de harcèlement moral, elle

51. V. les cons. 15 et 31 de la directive 2023/970.

52. Cass. soc., 23 nov. 2022, n° 21-14.060.

53. Y. L'HORTY et P. PETIT, « Mesurer des discriminations ethno-raciales en France : l'apport des testing », *Appartenances & Altérités*, n° 3, 2023 : doi.org/10.4000/alterites.441 [consulté le 28 mars 2024].

54. Proposition de loi visant à lutter contre les discriminations par la pratique de tests individuels et statistiques, Ass. nat., n° 1494, 4 juill. 2023.

55. V. sur la volonté de pacifier les relations sociales dans l'entreprise : CJUE, 15 juill. 2021, n°s C-804/18 et C-341/19, *WABE eV et MH Müller Handels GmbH*, pt 49 ; 13 oct. 2022, n° C-344/20, *L.F. c. S.C.R.L.*, pt 59.

56. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans la lutte contre les discriminations, art. 1 § 3 : « La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

ne suppose pas une succession d'agissements. Les contentieux ne sont pas encore nombreux sur le harcèlement en raison des convictions religieuses. Cette forme de harcèlement est insuffisamment connue. Par ailleurs, comme pour les discriminations, le motif religieux n'apparaît pas seul. Il est combiné à d'autres critères et l'analyse des juges peut s'en tenir au critère de l'origine, sans entrer dans la discussion sur les convictions religieuses. Par exemple, quand devant la cour d'appel de Paris, un salarié soutient « avoir fait l'objet d'une discrimination fondée sur son origine maghrébine et arabe ainsi que sur sa religion supposée, l'islam », les juges s'en tiennent à l'analyse d'une « discrimination à raison de son origine maghrébine ou arabe⁵⁷ ». Certaines décisions montrent aussi un niveau élevé d'exigence relatif à la preuve supposée d'un harcèlement, la contradiction des témoignages des collègues de travail du plaideur ne permettant pas de se faire une idée claire de la situation⁵⁸.

Une fois constatée la discrimination, se pose la question délicate du préjudice réparable. L'évaluation des préjudices est très liée à la preuve de la discrimination. La méthodologie désignée comme la « méthode de triangulation » ou « méthode des panels » permet, par l'établissement de panels de comparaisons, de prouver l'existence des discriminations et de mesurer l'impact qu'elles produisent sur l'évolution de la carrière des salariés⁵⁹. Les salariés utiliseront parfois cette méthode comme mode de preuve de la discrimination. Il s'agit de comparer l'évolution du salaire du demandeur avec le salaire moyen d'un panel de comparaison. La méthode des panels est aussi une modalité de calcul du préjudice de carrière. Si un frein à l'évolution de carrière est constaté, le juge peut réparer l'écart constaté dans la rémunération. Il peut même ordonner un repositionnement professionnel du salarié victime⁶⁰. Mais le préjudice ne saurait se limiter à des réparations liées à la rémunération et à la classification. La réparation doit aussi prendre en considération les formes de « relégation sociale⁶¹ », les pertes

57. CA Paris, 16 févr. 2021, n° 18/07045.

58. V. par ex. sur la qualification de harcèlement moral au sens de l'art. L. 1152-1 du Code du travail et de discrimination, CA Versailles, 21 janv. 2016, n° 14/01529 à propos d'une salariée qui soutenait avoir fait l'objet d'un changement de comportement à partir de son mariage avec un arabe musulman et de sa conversion à l'islam.

59. V. sur la méthode des « panels », la décision-cadre du Défenseur des droits n° 2022-139 du 31 août 2022 relative aux conditions d'accès à la preuve de la discrimination en matière civile ; A. CHAPPE, « La preuve par la comparaison : méthode des panels et droit de la non-discrimination », *Sociologies pratiques*, n° 23, 2011, p. 45 ; E. COULOMBEL, « La réparation du préjudice de carrière du salarié victime de discrimination », *Dr. soc.* 2023, p. 325.

60. Cass. soc., 14 juin 2023, n° 22-11.601.

61. K. SASSI, « Stratégies mises en place par les femmes voilées universitaires pour accéder et se maintenir en emploi », in M. ALTAY et Ch. BARRAS (dir.), *La diversité culturelle dans les PME. Accès au travail et valorisation des ressources*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 97.

de chances dans la vie professionnelle et la vie personnelle⁶². Dans une affaire relative à la santé au travail, la chambre sociale vient de réactiver la notion de dignité au travail pour la réparation d'un préjudice subi par un salarié exposé par son employeur à des substances chimiques illicites⁶³. La « dignité-personnalité⁶⁴ », droit subjectif, pourrait être l'un des fondements de cette réparation.

Une fois établis les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison des convictions religieuses, l'employeur peut chercher à écarter la discrimination par l'invocation d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

3. LES INTERROGATIONS PERSISTANTES SUR LES EXIGENCES PROFESSIONNELLES ESSENTIELLES ET DÉTERMINANTES

À défaut de clause de neutralité, si une discrimination directe en raison des convictions religieuses est constatée, le débat se déplace sur la possibilité de disqualifier la discrimination illicite par la mise en avant d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes (EPED). La transposition des directives de l'Union a ouvert une possibilité de justification des discriminations directes à travers la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante. On retrouve cette notion dans la directive 2000/78⁶⁵. Le mécanisme des exigences professionnelles essentielles impose un triple examen pour justifier une différence de traitement. Il faut constater une « caractéristique liée à un motif protégé », identifier une « exigence professionnelle (ou véritable) et déterminante » et effectuer un contrôle de proportionnalité. Le législateur français a transposé imparfaitement cette notion. Selon l'article L. 1133-1 du Code du travail, « 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 ».

62. F. GUIOMARD, « Les méthodes d'évaluation des préjudices nés de discriminations », *Dr. soc.* 2023, p. 316

63. Cass. soc., 8 févr. 2023, n° 21-14.451 : SSL 2023, n° 2034, comm. P. ADAM ; *JCP S*, 28 mars 2023, p. 1, comm. M. KEIM-BAGOT : le fait pour un employeur d'avoir continué à utiliser de l'amiante en toute illégalité constitue une atteinte à la dignité des salariés et cette atteinte constitue un manquement à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail.

64. P. ADAM, *SSL* 2023, n° 2034, précit.

65. Pour une analyse exhaustive de cette notion, V. G. CALVÈS, « L'exigence professionnelle essentielle en droit européen de la non-discrimination. État des lieux », *Dr. ouvr.* 2020, p. 489.

Contrairement aux directives, le Code du travail français n'impose pas une caractéristique liée à un motif illicite de discrimination, ni que l'exigence soit dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Toutefois, la chambre sociale se fonde sur le droit de l'Union pour rétablir la conformité à celui-ci en imposant que l'exigence en cause soit dictée « par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause⁶⁶ ». L'affaire du gardien sikh du cimetière avait toutefois laissé songeur sur la rigueur du raisonnement adopté par la chambre sociale de la Cour de cassation. Le salarié avait refusé une mutation dans un cimetière pour raisons religieuses. La mutation disciplinaire y était justifiée, selon la chambre sociale, par une exigence professionnelle essentielle et déterminante liée à la nature et aux conditions d'exercice de l'activité du salarié, « chef d'équipe dans le secteur de la propreté, affecté sur un site pour exécuter ses tâches contractuelles en vertu d'une clause de mobilité légitimement mise en œuvre par l'employeur⁶⁷ ». La Cour de cassation s'était dispensée de vérifier l'existence d'une caractéristique liée aux convictions religieuses⁶⁸. Dans une autre affaire, un conseiller en insertion sociale et professionnelle mis à la disposition d'une collectivité territoriale et travaillant avec des jeunes en difficulté scolaire et professionnelle s'est vu imposer une obligation de réserve en dehors de l'exercice de ses fonctions, alors qu'il avait publié des propos politiques et religieux virulents sur son compte Facebook. Certainement sensible au contexte sécuritaire, la chambre sociale a estimé que « son licenciement était justifié par une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article L. 1133-1 du code du travail, tenant au manquement à son obligation de réserve⁶⁹ ». Si la chambre sociale rattache l'exigence professionnelle au manquement à la clause, il semble que ce soit davantage l'obligation de réserve elle-même qui constitue une telle exigence⁷⁰.

Les juges français et européens s'accordent sur une lecture restrictive de la notion d'EPED, en particulier sur les convictions religieuses, et s'opposent à la prise en compte de certaines attentes réelles ou supposées de la clientèle dès lors que celles-ci sont sur le même terrain que les motifs de discrimination⁷¹.

66. V. Cass. soc., 23 nov. 2022, n° 21-14.060.

67. Cass. soc., 19 janv. 2022, n° 20-14.014.

68. N. ANCIAUX et J. ICARD, *Dr. soc.* 2022, précit.

69. Cass. soc., 19 oct. 2022, n° 21-12.370.

70. P. ADAM, « De l'obligation de réserve du salarié... en service public », *Dr. soc.* 2022, p. 1045 ; A. FABRE, « L'obligation de réserve, nouvelle venue aux pays de la liberté d'expression des salariés », *RDT* 2023, p. 229.

71. CJUE, 14 mars 2017, n° C -188/15, *Bougnaoui*, pt 40 ; Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855 ; 14 avr. 2021, n° 19-24.079 : *RDT* 2021, p. 390, note K. MEIFFRET.

Les juges devront déterminer quelles sont les caractéristiques liées aux convictions religieuses qui seront recevables, avant de leur appliquer le principe de proportionnalité. Dans une affaire où l'employeur considérait le port de la barbe d'un salarié comme une provocation politique et religieuse, la Cour de cassation a validé « l'objectif légitime de sécurité du personnel et des clients de l'entreprise », mais elle a rejeté son application au nom du principe de proportionnalité⁷². Il est impossible qu'une telle caractéristique soit identique à un motif discriminatoire, comme l'apparence physique ou le sexe. Une décision récente jette toutefois le trouble sur cette impossibilité. Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 mai 2023 sur l'apparence physique d'une actrice de théâtre fait une application très souple de la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante⁷³. En l'espèce, l'actrice engagée en CDD d'usage pour jouer le rôle de la philosophe Hannah Arendt dans une pièce de théâtre voit son contrat rompu lorsqu'elle informe le metteur en scène de sa grossesse. Elle saisit le conseil des prud'hommes de Paris pour discrimination en raison de l'état de grossesse. La première juridiction rejette la demande de la salariée. Saisie sur appel de la salariée, la cour d'appel de Paris confirme le jugement du conseil des prud'hommes en se fondant sur la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Le metteur en scène était légitime à vouloir préserver, dans le cadre d'une fiction inspirée d'une situation réelle, « la fidélité historique du propos par la conformité de l'apparence physique de la comédienne » et « le respect de la mode vestimentaire de l'époque ». Selon la cour d'appel, l'exigence professionnelle du metteur en scène est essentielle et déterminante « car destinée à garantir la vraisemblance historique et la crédibilité de la pièce ». Dans cette affaire, la salariée est doublement discriminée en raison de sa grossesse et de son apparence physique. Le motif de l'exigence professionnelle réside dans le respect de la fidélité historique liée à l'apparence physique. La difficulté tient en ce que ce motif repose en partie sur un motif discriminatoire, celui de l'apparence physique. La Cour de cassation aura l'occasion de dire si la spécificité des activités artistiques⁷⁴ permet ce glissement de la notion d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes.

Les exigences professionnelles essentielles et déterminantes en matière de convictions religieuses pourraient servir non seulement à limiter l'expression

72. Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-23.743 : RDT 2020, p. 620, note L. WILLOCX.

73. CA Paris, 17 mai 2023, n° 19/09470.

74. Les artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin font partie des « emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante » (C. trav., art. R. 1142-1).

religieuse du salarié, mais également à exiger un lien entre l'emploi et les convictions religieuses particulières d'un salarié. Pour certains emplois, une origine culturelle religieuse, voire une religion déterminée, pourraient-elles être imposées ? Malgré quelques décisions judiciaires⁷⁵, la France ne connaît pas le statut de l'entreprise de tendance⁷⁶ et n'a dès lors pas utilisé les possibilités de maintenir un tel régime ouvertes par l'article 4 paragraphe 2 de la directive 2000/78. Il aurait fallu en effet des législations ou des pratiques nationales permettant que dans « des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions », « une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination ». La France n'ayant pas de législation ou pratique nationale relative à cette forme d'organisation à la date d'entrée en vigueur de la directive 2000/78, une lecture spécifique de la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante en faveur des entreprises de tendance ne devrait pas être conforme au droit de l'Union.

La lutte contre les discriminations en raison des convictions religieuses au travail ne peut pas se déployer complètement, compte tenu de la difficulté juridique d'identifier ce motif de discrimination. Cela ressurgit sur la preuve et la possibilité de mobiliser ce critère au contentieux. Une action de groupe se révélerait quasi impossible et les discriminations indirectes freinées par les obstacles pour établir des groupes de comparaison. Cela doit inciter à ce que le droit de la non-discrimination ne s'enferme pas dans des méthodes rigides de comparaison entre des groupes. La méthode des panels est inopérante dans ce type de contentieux. Mieux vaut ne pas retenir un niveau trop élevé d'exigences dans la phase d'établissement des faits qui laissent supposer l'existence d'une discrimination. La même discussion concerne l'établissement de groupes de comparaison mettant en lumière une discrimination indirecte.

75. V. Cass. ass. plén., 19 mai 1978, n° 76-41.211, *Dame Roy c. Institution Sainte-Marthe* et Cass. soc., 20 nov. 1986, n° 84-43.243, qui ont retenu que les salariés d'une Église peuvent être tenus par une obligation spécifique de loyauté. Dans l'affaire *Baby-Loup*, la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 27 novembre 2013 (n° 13/02981), rendu sur renvoi après cassation, évoquera une « entreprise de conviction » sans être suivie par l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

76. À rapprocher de l'opinion de F. GAUDU (« L'entreprise de tendance laïque », *Dr. soc.* 2011, p. 1186) dans l'affaire *Baby-Loup* qui militait en faveur de la licéité d'une entreprise à tendance laïque. V. également C. VIGNEAU, « La liberté religieuse dans les relations de travail. Regards croisés sur des arrêts récents de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu. Droit du travail, Emploi, Entreprise*, Paris, IRJS éd., 2014, p. 313.

Si le contentieux se focalise actuellement sur la forme directe de la discrimination, il serait souhaitable de développer également la forme indirecte de celle-ci. La discrimination directe ne peut pas intégrer tous les phénomènes de traitement moins favorable en raison des convictions religieuses. Les relations de travail constituent un terrain malheureusement fécond de pratiques neutres qui ont des effets discriminatoires liés à de telles convictions. Les discriminations relatives aux convictions religieuses risquent de demeurer absentes d'une véritable politique publique de lutte contre les discriminations. La France doit affiner et déployer les outils permettant de faciliter la mise en lumière de ces discriminations. Aux entreprises également de prendre leur part du chemin. La sensibilisation des salariés et des managers et le suivi de ces dispositifs seront déterminants⁷⁷.

77. Depuis la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, l'art. L. 1131-2 du Code du travail prévoit que « dans toute entreprise employant au moins trois cents salariés et dans toute entreprise spécialisée dans le recrutement, les employés chargés des missions de recrutement reçoivent une formation à la non-discrimination à l'embauche au moins une fois tous les cinq ans ».