

1.2. La Cour a ensuite jugé, ce qui est nouveau, « qu'une règle interne d'une entreprise interdisant sur le lieu du travail, le port de signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses dans l'objectif d'assurer une politique de neutralité au sein de cette entreprise ne peut être justifiée que si une telle interdiction couvre toute forme visible d'expression des convictions politiques philosophiques ou religieuses. **Une interdiction qui est limitée au port de signes de convictions politiques philosophiques ou religieuses ostentatoires et de grande taille est susceptible de constituer une discrimination directe fondée sur la religion ou les convictions** ». (Ct 78).

La Cour a pris, sur ce point, une position contraire à celle de son avocat général, qui s'était prononcé en faveur de l'admission de signes religieux discrets.

Cette décision rend contraire au droit communautaire la loi française interdisant le port du voile à l'école qui repose sur l'interdiction des signes religieux ostentatoires.

1.3. L'arrêt reconnaît, pour la première fois, deux motifs légitimes d'une entreprise pour interdire le port de signes religieux :

- « **La volonté d'un employeur d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité** politique, philosophique ou religieuse peut être considérée comme légitime. **En effet, le souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients se rapporte à la liberté d'entreprise**, reconnue à l'article 16 de la charte, et revêt, en principe, un caractère légitime, **notamment** lorsque seuls sont impliqués par l'employeur dans la poursuite de cet objectif les travailleurs qui sont supposés entrer en contact avec les clients de l'employeur » (Ct 63) : l'utilisation de l'adverbe « notamment » exclut clairement toute limitation aux seuls salariés en contact avec la clientèle ;

- « **Tant la prévention des conflits sociaux** que la présentation de l'employeur de manière neutre à l'égard des clients peuvent correspondre à un véritable besoin de l'employeur, ce qu'il doit démontrer » (Ct 76). La Cour reconnaît, à cet égard, que l'interdiction du port de signes religieux peut avoir « pour objectif d'éviter les conflits sociaux au sein de l'entreprise, en particulier compte tenu de l'existence de tensions survenues par le passé en relation avec des convictions politiques, philosophiques ou religieuses » (Ct 75).

Si une règle interne d'une entreprise interdisant aux travailleurs de porter tout signe visible de convictions politiques, philosophiques ou religieuses sur le lieu de travail est ainsi susceptible d'être justifiée par la volonté de l'employeur de poursuivre une politique de neutralité politique, philosophique et religieuse à l'égard des clients ou des usagers, c'est à la condition que trois conditions soient réunies :

- cette politique doit répondre à un besoin véritable de cet employeur, qu'il incombe à ce dernier d'établir

en prenant notamment en considération les attentes légitimes des clients usagers ainsi que les conséquences défavorables que cet employeur subirait en absence d'une telle politique ;

- cette politique doit être suivie de manière cohérente et systématique ;

- cette interdiction doit être limitée au strict nécessaire (Ct 70).

1.4. Le dernier aspect est le plus intéressant : **l'arrêt de la Cour de justice consacre, pour la première fois, la notion de marge nationale d'appréciation dans ce domaine.**

La Cour a, en effet, jugé que « la directive n° 2000/78 permet de tenir compte du contexte propre à chaque État membre et de reconnaître à chacun d'eux une marge d'appréciation dans le cadre de la conciliation nécessaire des différents droits et intérêts en cause, aux fins d'assurer un juste équilibre entre ces derniers. » (Ct 88).

Elle en a déduit « que les dispositions nationales protégeant la liberté de religion peuvent être prises en compte en tant que dispositions plus favorables, au sens de l'article 8, § 1 de la directive n° 2000/78, dans le cadre de l'examen du caractère approprié d'une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou les convictions » (Ct 90).

La Cour européenne des droits de l'homme fait depuis longtemps application de la notion de marge nationale d'appréciation dans ce domaine, ce qui lui a permis d'admettre l'interdiction du port du voile dans les universités turques – ce qui serait impensable en France (CEDH, 29 juin 2004, n° 44774/98, Leyla Sahin c/Turquie).

Ainsi, d'un pays à l'autre, les solutions peuvent être différentes, compte tenu des traditions et de la législation nationale. Dans ce domaine éminemment sensible, la Cour de justice de l'Union Européenne reconnaît aux juridictions nationales une marge nationale d'appréciation, comme le fait depuis longtemps la Cour européenne des droits de l'homme.

2. L'arrêt de la Cour de cassation du 14 avril 2021

2.1. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a, d'abord, repris le considérant de principe de l'arrêt *Micropole* : « l'employeur, investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, peut prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur (...), une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients ». (Ct 7).

Cette formule est plus restrictive que celle de la Cour de justice de l'Union Européenne puisqu'elle est limitée aux salariés en contact avec la clientèle alors que la CJUE ne limite pas l'application de l'interdiction à ces seuls salariés.

Ayant relevé qu'aucune clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail n'était prévue dans le règlement intérieur de l'entreprise, la Cour de cassation en a déduit que l'interdiction faite à la salariée de porter un foulard islamique caractérisait l'existence d'une discrimination directement fondée sur les convictions religieuses de l'intéressée.

La Cour aurait pu s'en tenir là.

2.2. Mais après avoir rappelé que « les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché », elle a ajouté que « **la justification de l'employeur était explicitement placée sur le terrain de l'image de l'entreprise au regard de l'atteinte à sa politique commerciale**, laquelle serait selon lui susceptible d'être contrariée au préjudice de l'entreprise par le port du foulard islamique par l'une de ses vendeuses ». Elle en a déduit « que l'attente alléguée des clients sur l'apparence physique des vendeuses d'un commerce de détail d'habillement ne saurait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4, § 1, de la directive n° 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 ». (Ct 10).

Cet arrêt est ainsi contraire à l'arrêt de la CJUE :

- d'un côté, la CJUE estime que « la volonté d'un employeur d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse peut être considérée comme légitime » dans la mesure où le souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients relève de la liberté d'entreprendre, liberté constitutionnellement garantie ;

- de l'autre, la Cour de cassation considère que la volonté d'un employeur de préserver une image neutre de son entreprise, compte tenu de l'atteinte à la politique commerciale qu'entraînerait le port du voile par ses vendeuses, ne constitue pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de la directive, assimilant ainsi les attentes de la clientèle en général aux exigences particulières d'un client (Ct 8).

Il convient toutefois de souligner que l'arrêt du 14 avril 2021 est antérieur à l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2021.

Dans la mesure où la chambre sociale est très attentive et très respectueuse de la jurisprudence de la Cour de Justice et dans la mesure où elle avait parfaitement transposé en droit interne l'arrêt *Micropole*, on peut espérer que la Cour de cassation s'alignera, pour l'avenir, sur la position de la CJUE.

Il faut le souhaiter car, dans ce domaine sensible, la Cour de justice a su à la fois trouver un équilibre satisfaisant entre le respect de la liberté religieuse et les nécessités du fonctionnement des entreprises et tenir compte, à travers la notion de marge nationale d'appréciation, de la diversité des situations nationales.

Religion et travail ou le licenciement de Dieu 20018



Patrice ADAM

Professeur à l'université de Lorraine

La conciliation entre la liberté religieuse (du salarié) et le pouvoir (de l'employeur) est un art délicat et complexe lorsqu'il use des outils qu'offre le contrôle de proportionnalité. À cette complexité, la Cour de justice de l'Union européenne offre un salutaire échappatoire : une exigence de neutralité mise en clause. Un arrêt du 15 juillet 2021 du juge de l'Union revient sur cette mécanique permettant de laisser Dieu à la porte de l'entreprise.

Du ciel à la terre. Si le royaume de Dieu n'est pas sur terre, la Providence se voit parfois dans l'obligation d'y descendre, pour répondre à la convocation des Hommes devant les tribunaux sublu-

naires, où se disputent leurs passions, leurs intérêts (petits ou grands ; médiocres ou considérables), et à l'occasion, leur déraison, leur folie ou leurs caprices. De cette présence de Dieu dans les prétoires, le droit du tra-

vail – mais pas seulement¹ – fournit quelques frappantes illustrations². Nul ne s'en étonnera. L'entreprise est le reflet des convulsions qui secouent une société travaillée par le « retour du religieux » (l'Homme est bien un inlassable « fabricant de Dieu » pour emprunter au Cardinal Lustiger³). Les dieux d'hier redeviendraient ceux d'aujourd'hui. De nouveau, l'Homme regarderait vers le ciel ! Point de « réenchantement du monde »⁴, seulement un besoin renouvelé de spiritualité et une montée en puissance des fanatismes (qui n'est pas antinomique avec un processus en cours d'acculturation)⁵. Retour en grâce (divine) – dont il ne faut sans doute pas exagérer l'ampleur – qui s'accompagne, dans nos sociétés (ultra) individualistes, d'une forte diversification des croyances. Longtemps sans (véritable) rivale, le catholicisme, pour être encore la religion la plus partagée, s'inscrit désormais au gré – entre autres – des vagues d'immigration, dans un paysage religieux beaucoup plus variés⁶. Reste qu'il faut raison garder. L'entreprise n'est pas devenue champ de bataille (religieux). Si plus de deux tiers des managers interrogés ont déjà fait face à des questions relatives au fait religieux dans l'entreprise⁷, neuf fois sur dix, ce dernier n'est pas une source de blocage ou de conflit. Dans 16 % des cas cependant, le fait religieux est source de réelles difficultés (qui toutes ne finissent pas devant le juge). La tendance est, il est vrai, à la hausse⁸ et impose grande vigilance. Les acteurs de terrain sont à tout le moins en demande de Droit, de réponses juridiques,

claires, précises, leur permettant d'asseoir leurs pratiques et de donner support légitime à leur action.

Faire simple. Tout pourrait être simple (ce qui ne veut pas dire que tout pourrait être « juste »). Simplicité qui a première figure possible : celle du « catéchisme du patron »⁹. Subordonné, le salarié doit afficher – à défaut, en conscience, de toujours y adhérer – les mêmes convictions religieuses que son employeur. En d'autres temps, la solution a eu ses défenseurs ; elle est aujourd'hui inacceptable. Le lien juridique de subordination ne justifie point une emprise globale de l'employeur sur le corps ou l'esprit de celui qui met à sa disposition sa force de travail (et seulement elle). Par ailleurs, cette force de travail n'est plus ce bien – détaché de la personne du travailleur – qui, seul, serait l'objet du contrat de travail. Elle est, au-delà des artifices, la personne humaine en action (physique et psychologique) de travail. Et cette personne n'abandonne pas, à l'entrée de l'entreprise, ses « libertés fondamentales », dont Jean Rivéro¹⁰, bientôt suivi par le juge et le législateur, a montré qu'elles étaient sous la menace de tous les pouvoirs, publics comme privés. De la simplicité, Philippe Waquet a dessiné un autre visage ; il a 20 ans... mais déjà quelques rides : « Il convient de s'en tenir à une laïcité positive qui respecte les convictions religieuses, mais qui les cantonne au niveau de la vie personnelle du salarié »¹¹. Propos, à la fois descriptif et prescriptif, qui se situait dans la ligne de l'arrêt du *Boucher musulman* rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 24 mars 1998¹². C'était l'époque du « contractualisme » triomphant ! Étrangère au contrat de travail (comme elles l'étaient au contrat de bail ou au règlement général de copropriété¹³) – sauf à les y avoir expressément incorporées –, les convictions religieuses du salarié ne devaient pas en perturber, d'une manière ou d'une autre, l'exécution. L'exigence de non-discrimination était la marque de cette neutralité imposée en faisant interdiction à l'employeur prendre en compte les convictions du salarié pour motiver telle ou telle de ses décisions (C. trav., art. L. 1132-1). Mais, à l'inverse, le salarié ne pouvait invoquer ses convictions religieuses pour imposer à l'employeur un aménagement de ces conditions de travail, voire pour ostensiblement afficher – par une tenue ou un signe – sa religion. Reste

1 Encore récemment, CJUE, 17 déc. 2020, n° C-336/19, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. / Vlaamse Regering : Le droit de l'Union européenne laisse aux États membres la possibilité d'imposer l'étourdissement préalable des animaux dans le cadre de l'abattage rituel.

2 Outre l'affaire *Baby Loup* et ses différents épisodes, V. Cass. soc., 7 juill. 2021, n° 21-16206 (déjà, Cass. soc., 1^{re} févr. 2017, n° 16-10459) ; Cass. soc., 14 avr. 2021, n° 19-24079 ; Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-23743 ; P. Auvergnon, « L'expression des convictions religieuses sur le lieu du travail », in *Droit et religion en Europe, Mélanges en l'honneur de Francis Messner*, 2014, Presses universitaires de Strasbourg, p. 31.

3 2^e journée de l'université d'été du MEDEF, 2013, conférence « Le XXI^e siècle sera-t-il religieux ? ».

4 M. Gauchet, *Un monde désenchanté ?*, 2004, Les Éditions de l'Atelier, p. 71 : « Ces faits, si l'on prend la peine de les regarder de près, au lieu de se contenter de les télescoper pour faire du sensationnalisme à bon marché, d'abord sont très différents, mais ensuite et surtout, ne correspondent ni les uns ni les autres au rétablissement d'une organisation religieuse du monde. Au contraire, les fondamentalistes religieux ne sont finalement que des agents de la modernité à leur insu, et la crise de mysticisme n'est qu'un symptôme de la pathologie des sociétés individualistes. »

5 M. Miaille, *La laïcité*, 2014, Dalloz, p. 129 : « On pourrait même dire que, par un réflexe bien connu des sociologues, plus un groupe est en train de s'acculturer à une société donnée, plus il suscite ces sortes de protestations identitaires ».

6 J.-P. Machelon, *Les relations des cultes avec les pouvoirs publics*, ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, 2006 ; P.-H. Antonmattéi, « Le port de signes religieux dans l'entreprise : au-delà de *Baby Loup* », SSL suppl., n° 1611, p. 9 : « À un moment de notre histoire marqué aussi bien par un retour vers le religieux que par une diversité religieuse plus prononcée » ; Baromètre du fait religieux 2020-2021, institut Montaigne : l'islam est présent dans 73 % des situations observées. Le catholicisme est présent dans 20 %, le judaïsme dans 15 % et le culte évangélique dans 13 % des cas relevés.

7 Les demandes d'aménagement du temps de travail ou d'absence (29 %), le port visible d'un signe religieux (24 %) et la possibilité de prier pendant les temps de pause (12 %) constituent les demandant les plus fréquentes (Baromètre du fait religieux 2020-2021, institut Montaigne).

8 Plus 4 points par rapport à 2019 (Baromètre du fait religieux en entreprise 2020-2021, institut Montaigne).

9 Dans un petit ouvrage publié en 1889, L. Harmel « [n'imaginait] pas un instant que l'employeur puisse être tenu de respecter la liberté religieuse de ses ouvriers » (J. Savatier, « Liberté religieuse et relations de travail », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, 2001, Dalloz, p. 457).

10 J. Rivéro, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées » in *Mélanges René Cassin*, t. III, 1971, Pedone, p. 311.

11 P. Waquet, « La vie personnelle du salarié », in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, 2000, Dalloz.

12 Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44738 : Dr. soc. 1998, p. 614, note J. Savatier.

13 Cass. 3^e civ., 18 déc. 2002, n° 01-00519 (*affaire du digicode*) ; Cass. 3^e civ., 8 juin 2006, n° 05-14774 (*affaire des cabanes*).

que face au torrent déchaîné des droits fondamentaux, la digue du contrat a fini par céder¹⁴. Dans des eaux livrées aux tumultes du contrôle de proportionnalité, tout espoir de simplicité a sombré. S'est alors ouverte l'ère des questions complexes.

L'ère de la complexité. Certes, une décision prud'homale¹⁵ – au fort écho médiatique – a pu laisser croire, un instant, qu'une nouvelle voie simple pourrait être tracée en usant de la règle de laïcité. Espoir déçu, pour ceux qui le portaient en bandoulière, la chambre sociale de la Cour de cassation affirmant – sans être démentie par l'Assemblée plénière – que le principe de laïcité (il aurait été plus juste de viser l'impératif de neutralité qui n'en est que l'une des deux facettes...), soutenu par l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, ne trouvait point à s'appliquer dans l'entreprise privée. Le salarié est donc, en principe, libre d'y exprimer, par un habit ou par un signe, ses convictions religieuses¹⁶. Et la maladroite tentative, des juges du fond parisiens¹⁷, d'étendre plus que de raison la notion « d'entreprise de tendance laïque » n'a pas permis d'étouffer la liberté du salarié en faisant peser sur lui une obligation de neutralité. Ce faisant, la question des limites de la liberté du croyant en habit de salarié allait vite se poser. Encore conviendrait-il, il est vrai, de parler au pluriel. Car il n'est pas une question mais des questions. Deux, en réalité. L'employeur peut-il légitimement – et si oui, à quelles conditions – interdire au salarié d'ostensiblement afficher ses convictions religieuses, à travers un habit ou un signe quelconque ? Le salarié peut-il contraindre l'employeur à aménager ses conditions de travail au nom du respect de ses convictions religieuses ? Au cœur du contentieux du travail, seule la première question retiendra ici notre attention.

Fondements. Sur quel plan, d'abord, « confronter » ordre religieux et ordre productif ? Celui de la liberté vient immédiatement à l'esprit, et avec lui, les principaux ressorts normatifs de cet exercice de conciliation : l'article L. 1121-1 du Code du travail (et son reflet, C. trav., art. L. 1321-3), l'article 9 de la Convention EDH et l'article 10 de la charte des droits fondamentaux de l'UE. Ce terrain de la protection de la liberté est celui sur lequel se jouent les « contentieux du travail » relatifs à la religion devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Et c'est également, sous les auspices des articles L. 1121-1 et L. 1321-3, que l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28369) a placé sa décision dans l'affaire de

la crèche *Baby Loup*. Les limites fixées par l'employeur à la liberté religieuse du salarié doivent ainsi être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, exigences qui portent en elles-mêmes la promesse d'une délicate casuistique. L'article L. 1321-2-1 du Code du travail (institué par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels) se situe encore dans le même horizon.

Reste que la question peut également se voir abordée sous un tout autre angle, celui du « principe général de non-discrimination » (consacré aujourd'hui à l'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁸). C'est sur ce terrain que la CJUE, saisie par les juges français et belge, d'un recours préjudiciel, a été amenée à prendre position dans deux arrêts du 14 mars 2017¹⁹. Sa solution – ses solutions (reprises dans l'arrêt Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19855) – ont été trop commentées pour qu'il soit nécessaire d'y revenir en détail. N'en retenons que le point le plus saillant : de l'existence d'une norme interne dans l'entreprise (expression que la chambre sociale de la Cour de cassation a réduite, un peu étrangement, au règlement intérieur ou à une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur) supportant une obligation de neutralité dépend le régime juridique applicable à la décision patronale faisant grief au salarié d'afficher ostensiblement ses convictions religieuses²⁰.

Justifications. Si une telle règle de neutralité, interne à l'entreprise, n'existe pas, la décision patronale relèvera de la catégorie « discrimination directe ». Dans le cas contraire, elle sera justifiable de la qualification de discrimination indirecte (du moins si cette règle en apparence neutre aboutit, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données²¹), à condition cependant « qu'elle vise indifféremment toute manifestation de telles convictions et traite de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise, en leur imposant, de manière générale

14 Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2015, n° 14-25709.

15 CPH Mantes-la-Jolie, 13 déc. 2010 : RDT 2011, p. 85, note P. Adam.

16 Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28845 : S. Hennette-Vaucher et V. Valentin, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, 2014, LGDJ ; P. Adam, « Les laïcités et l'entreprise privée », Dr. soc. 2015, p. 708 ; I. Desbarats, « Entre laïcité et neutralité : quelle place pour la liberté religieuse dans l'entreprise ? », in *La laïcité à l'œuvre et à l'épreuve*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, LGDJ, p. 105.

17 CA Paris, 27 nov. 2013, n° 13/02981.

18 CJUE, 23 avr. 2020, n° C-507/18, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, pt 38.

19 CJUE, 14 mars 2017, n° C-188/15, Bougnaoui c/ Micropole SA ; CJUE, 14 mars 2017, n° C-157/15, Achbita c/ G4S Secure Solutions.

20 Sur la notion de « religion », « il convient d'interpréter la notion de "religion" figurant à l'article 1^{er} de cette directive comme couvrant tant le forum *internum*, à savoir le fait d'avoir des convictions, que le forum *externum*, à savoir la manifestation en public de la foi religieuse » (CJUE, 14 mars 2017, n° C-188/15, Bougnaoui c/ Micropole SA ; CJUE, 14 mars 2017, n° C-157/15, Achbita c/ G4S Secure Solutions). CJUE, 15 juill. 2021, n°s C-804/18 et C-341/19, pt 47 : « Aux fins de l'application de la directive n° 2000/78, les termes "religion" et "convictions" s'analysent comme les deux faces d'un même et unique motif de discrimination. Ainsi qu'il ressort de l'article 21 de la charte, le motif de discrimination fondé sur la religion ou les convictions est à distinguer du motif tiré des "opinions politiques ou [de] toute autre opinion" et couvre donc tant les convictions religieuses que les convictions philosophiques ou spirituelles ».

21 En revanche, la discrimination indirecte en raison du sexe ne relève pas du champ d'application de la directive n° 2000/78 (CJUE, 15 juill. 2021, n° C-804/18 et CJUE, 15 juill. 2021, n° C-341/19).

et indifférenciée, notamment une neutralité vestimentaire s'opposant au port de tels signes ». Cette solution, posée dans son « arrêt belge » du 14 mars 2017 (*G4S Secure Solutions*, n° C-157/15, pts 30 et 32) est reprise, à l'identique dans l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2021 (cette fois, c'est le juge allemand qui a saisi le juge de l'Union de plusieurs questions préjudicielles)²². Bien entendu, l'enjeu fondamental de la qualification retenue, discrimination directe ou indirecte, réside dans le régime de justification qui n'est point le même dans l'un et l'autre cas... et qui est bien moins exigeant dans celui d'une discrimination indirecte (où la nécessité, attachée à la discrimination directe, de rapporter la preuve d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante – ce que ne constituent pas les souhaits d'un client²³ – s'efface devant celle que la règle de neutralité, dont la violation fonde la décision patronale, soit « objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires »²⁴).

Pour dire vrai, la distinction « technique » ici opérée par le juge européen entre discrimination directe et indirecte, selon qu'il existe ou non dans l'entreprise en cause, une règle de neutralité, peine à convaincre. Disons qu'elle cache mal l'option politique – en faveur de la liberté d'entreprendre – qu'elle imprime et exprime (option très clairement visible dans les conclusions de l'avocate générale Kokott relative à l'affaire belge jugée le 14 mars 2017²⁵). La mécanique européenne semble pourtant, *a priori*, bien huilée. Une discrimination directe peut, dans le champ de la religion, s'opérer de trois « manières ». Elle peut d'abord s'incarner dans une différence de traitement entre les croyants et les non-croyants. Elle peut ensuite – mais ce n'est, au fond, qu'une variante de la première forme – se manifester par le traitement défavorable réservé aux convictions religieuses par rapport à d'autres types de convictions (politiques ou philosophiques). Elle peut enfin se loger à l'intérieur même de la communauté des « croyants », certaines croyances religieuses se voyant moins bien traitées que d'autres. Or si la mise en place d'une obligation de neutralité chasse la discrimination directe, ce serait parce qu'elle évacue toute différence de traitement à ces trois « niveaux ». « En effet, dès lors que chaque personne est susceptible d'avoir soit une religion soit des convictions, une telle règle, pour autant qu'elle soit

appliquée de manière générale et indifférenciée, n'instaure pas une différence de traitement fondée sur un critère indissociablement lié à la religion ou aux convictions. Constatation qui n'est pas remise en cause, par la considération que certains travailleurs observent des préceptes religieux imposant de porter une certaine tenue vestimentaire »²⁶. Voilà comment la magie européenne transforme l'eau en vin ! Et ce vin a le désagréable goût de l'alcool frelaté.

Critique. D'abord, parce qu'entre dans sa composition un élément un peu hypocrite. Le traitement identique de toutes les convictions n'est qu'illusion car, en réalité, il est bien peu d'entre elles, de consistance philosophiques ou politiques, dont les préceptes imposent la mise en visibilité à travers un signe ou un « costume ». L'égalité de traitement n'est que de façade et n'a d'autre objet que de dissimuler le traitement singulier appliqué aux croyances religieuses. Ensuite, et plus fondamentalement peut-être, parce qu'une discrimination indirecte résulte d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, c'est-à-dire par référence à des critères non liés à la caractéristique protégée, conduit toutefois à désavantager particulièrement les personnes possédant cette caractéristique. La jurisprudence constante du juge de Luxembourg est en ce sens. Ce sont ses mots. Elle en livre une sorte « d'illustration *a contrario* » dans son arrêt du 15 juillet 2021 (CJUE, 15 juill. 2021, n° C-341/19) : la règle interne de neutralité qui n'interdit que « le port de signes ostentatoires de grande taille est susceptible d'affecter plus gravement les personnes adhérant à des courants religieux, philosophiques et non confessionnels qui prévoient le port d'un vêtement ou d'un signe de grande taille, tel qu'un couvre-chef (...). Et dans les cas où le critère du port de signes ostentatoires de grande taille de convictions politiques, philosophiques ou religieuses est indissociablement lié à une ou à plusieurs religions ou convictions déterminées, l'interdiction imposée par un employeur à ses employés de porter ces signes sur la base d'un tel critère aura pour conséquence que certains travailleurs seront traités d'une manière moins favorable que d'autres sur la base de leur religion ou de leurs convictions, et qu'une discrimination directe, au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive n° 2000/78/CE, pourra dès lors être constatée ».

La discrimination indirecte suppose donc un « critère neutre non lié à la caractéristique protégée ». Or l'exigence de neutralité dont la violation sert de support à la décision patronale, n'est que l'envers de la liberté religieuse (ou de pensée) du travailleur subordonné. L'envers et l'endroit sont irréductiblement liés, puisque l'un ne se conçoit tout simplement pas sans l'autre. Disons autrement que la violation de

22 CJUE, 15 juill. 2021, n° C-804/18 et CJUE, 15 juill. 2021, n° C-341/19.

23 CJUE, 14 mars 2017, n° C-188/15, *Micropole SA* (pt 40) : l'exigence professionnelle essentielle et déterminante « renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Elle ne saurait, en revanche, couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client ».

24 Exigence d'interprétation stricte (CJUE, 16 juill. 2015, n° C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, pt 112).

25 Les conclusions de l'avocate générale Sharpston, dans l'affaire française, en prenaient très largement le contre-pied !

26 CJUE, 15 juill. 2021, n° C-804/18 et C-341/19, pt 53.

l'obligation de neutralité ne peut se réaliser que par l'exercice même de la liberté religieuse ou de pensée. Mais il faudrait alors admettre que la salariée licenciée pour avoir refusé d'ôter son voile, en dépit de la règle interne de neutralité instituée dans l'entreprise, se voit bel et bien frappée d'une mesure ayant pour raison l'exercice de sa liberté religieuse et que ce faisant, elle est moins bien traitée que le salarié « sans croyance » ou que celui dont la religion ne lui impose pas le port de signes visibles ! Sous le masque de la discrimination indirecte réapparaît la discrimination directe...

En mettant à l'écart cette dernière, par le jeu d'une fort pratique règle interne de neutralité, le juge de l'Union offre un nouveau moyen, simple, commode, aux entreprises de rejeter hors de leurs murs les croyances religieuses de ceux qui travaillent pour elles. Car situer le problème de la conciliation entre « travail » et « religion » sur le terrain de la discrimination indirecte est manière de la résoudre en le posant. C'est que le régime de justification de la discrimination indirecte semble si élastique qu'il est peu de cas, en réalité, où cette dernière pourra être imputée à faute à l'employeur. Ainsi, la CJUE considère classiquement, sous les auspices de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, que « s'agissant de la condition relative à l'existence d'un objectif légitime, la volonté d'un employeur d'afficher, dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieuse peut être considérée comme légitime » (v., en ce sens, CJUE, 14 mars 2017, n° C-157/15, G4S Secure Solutions, pts 37 et 38 ; CJUE, 15 juill. 2021, n° C-341/19, pt 63). Encore faut-il, ajoute le juge européen, pour que cette justification soit objective, que l'employeur démontre un besoin véritable (CJUE, 15 juill. 2021, n° C-341/19, pt 64) ! Point que l'on ne retrouvait pas dans l'arrêt belge du 14 mars 2017. Et de préciser désormais, que « présente une particulière pertinence la circonstance que l'employeur a apporté la preuve que, en l'absence d'une telle politique de neutralité politique, philosophique et religieuse, il serait porté atteinte à sa liberté d'entreprise, reconnue à l'article 16 de la charte, en ce que, compte tenu de la nature de ses activités ou du contexte dans lequel celles-ci s'inscrivent, il subirait des conséquences défavorables. Cette dernière exigence suppose en particulier de vérifier que celle-ci apparaît strictement nécessaire au regard des conséquences défavorables, que l'employeur cherche à éviter par une telle interdiction. »

Est-ce là le signe d'un durcissement de la jurisprudence unioniste ? On peut en douter. Car, très vite, la Cour précise « qu'aux fins d'établir l'existence d'une justification objective et, partant, d'un besoin véri-

table de l'employeur, il peut, en premier lieu, être tenu compte notamment des droits et des attentes légitimes des clients ou des usagers » (« par exemple, du droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques reconnu à l'article 14 de la charte et de leur souhait de voir leurs enfants encadrés par des personnes ne manifestant pas leur religion ou leurs convictions lorsqu'elles sont en contact avec les enfants dans le but, notamment, de garantir le développement libre et personnel des enfants en ce qui concerne la religion, la croyance et la politique »²⁷). De surcroît, la Cour semble estimer que les conséquences défavorables que peut mettre en avant l'employeur ne se situent pas nécessairement dans les relations avec les clients, mais peuvent également être liées à des conflits sociaux au sein de l'entreprise, en particulier compte tenu de l'existence de tensions survenues par le passé en relation avec des convictions politiques, philosophiques ou religieuses. Voilà qui ouvre à la fois le champ de la justification – et ce, de façon critiquable (interdiction peut ainsi être faite à un salarié d'appliquer, sans prosélytisme aucun, les préceptes de sa religion parce qu'elle suscite chez les autres rejet et préjugés) – et referme, dans le même temps, un peu plus encore, celui de « l'obligation de reclassement » (à défaut de syntagme plus convaincant, usons de celui-là) consacré par la CJUE son arrêt belge du 14 mars 2017. Le contraste est saisissant avec le régime, bien moins accueillant, de la discrimination directe, dont la chambre sociale de la Cour de cassation a donné nouvel exemple dans un arrêt du 14 avril 2021²⁸. La justification avancée par l'employeur était, en l'espèce, explicitement placée sur le terrain de l'image de l'entreprise au regard de l'atteinte à sa politique commerciale, laquelle était, à l'en croire, susceptible d'être contrariée au préjudice de l'entreprise par le port du foulard islamique par l'une de ses vendeuses. Or, la haute juridiction considère, dans la ligne de la jurisprudence *Micropole SA*, que la cour d'appel a exactement retenu que l'attente alléguée des clients sur l'apparence physique des vendeuses d'un commerce de détail d'habillement ne saurait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au sens de l'article 4, § 1, de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne.

Retour à la liberté ? La liberté religieuse ne trouve donc, dans la discrimination, qu'un bouclier de papier (sauf à ce que la législation nationale lui offre garanties

27 Dans l'une des deux affaires dont le juge de l'Union était saisi par son homologue allemand, était impliquée la salariée voilée d'une crèche...

28 Cass. soc., 14 avr. 2021, n° 19-24079.

renforcées²⁹). Protection plus efficace peut-elle lui être offerte par le régime de protection des libertés fondamentales ? On ne le pense pas. Remarquons d'abord que si les notions de discrimination et de liberté ne se confondent pas (la discrimination couvre des « états » de la personne qui sont étrangers à toute idée de liberté), elles se croisent cependant (la discrimination assurant la protection de certaines libertés). Mais là où la discrimination « sanctionne », en principe, une différence de traitement³⁰, la liberté, elle, ne fait que garantir à la personne une zone d'autonomie. Par ailleurs, les régimes de justification attachés à la discrimination (directe ou indirecte) et à la protection des libertés reposent sur des énoncés textuels bien différents.

Dès lors, il est possible d'imaginer trois types de relation entre la liberté et la discrimination. D'abord, on peut estimer que les régimes de justification de l'une et l'autre sont sans lien et que A (l'atteinte à la liberté est justifiée) n'implique en rien B (la discrimination constatée est justifiée) et inversement (B n'implique pas A). On peut aussi, de façon totalement contraire, soutenir que A implique nécessairement B et réciproquement. C'est alors prétendre que malgré des énoncés textuels différents, les régimes de justification attachés à la discrimination et à la liberté sont substantiellement identiques. Mais on peut aussi suivre une voie intermédiaire (dans laquelle A et B sont, *ab initio*, indéterminés) et prétendre que A n'implique pas nécessairement B. C'est l'hypothèse où B englobe A (c'est-à-dire où un régime de justification contient l'autre sans pour autant s'y réduire). On trouve dans les discours doctrinaux toutes ces variantes. La deuxième hypothèse n'est point celle qui semble susciter le plus d'adhésion. Elle nous paraît cependant la plus opportune. Lorsque la discrimination s'attache à une liberté, elle en est seulement un élément de protection renforcée. Elle en est la garde avancée. Aussi, dire que l'atteinte à la liberté est légitime pour, dans le même mouvement, entrer en voie de condamnation sur le terrain de la discrimination n'a strictement aucun sens. On ne saurait, raisonnablement, autoriser l'employeur à couper un arbre, pour ensuite lui en faire reproche, et l'obliger à le replanter ! À front renversé, si la différence de traitement dont il est fait grief à l'employeur est considérée comme justifiée, il semble bien difficile d'y voir une atteinte injustifiée à la liberté

protégée. Si une exigence professionnelle essentielle et déterminante commande la mesure patronale, ou si cette dernière trouve raison dans un objectif légitime, mis en œuvre de façon approprié et nécessaire, on ne voit pas bien comment il ne pourrait pas passer le test du contrôle de justification et de proportionnalité attaché au régime des libertés. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de Cassation nous paraît d'ailleurs aller dans ce sens... Ainsi, les juges de cassation faisaient-ils corps des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du Code du travail (ensemble l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales) dans leur célèbre arrêt *Baby Loup* du 19 mars 2013³¹. Et si l'assemblée plénière, dans la même affaire, n'avait pas repris les textes relatifs à la discrimination³², la chambre sociale a ultérieurement maintenu le cap initialement choisi. Dans une œcuménique formule, elle énonce ainsi, dans son arrêt (n° 19-24079) du 14 avril 2021, qu'« il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, dans sa rédaction applicable, et L. 1133-1 du Code du travail, mettant en œuvre en droit interne les dispositions des articles 2, § 2, et 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché. Aux termes de l'article L. 1321-3, 2°, du Code du travail dans sa rédaction applicable, le règlement intérieur ne peut contenir 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. »

L'employeur l'aura vite compris : pour éviter d'entrer de plain-pied dans l'ère des questions (juridiquement) complexes, il a tout intérêt à insérer une clause de neutralité, générale et indifférenciée, dans son règlement intérieur et d'en faire le support d'une politique, systématique et cohérente, d'invisibilisation des convictions religieuses. Mettre Dieu à la porte de l'entreprise est désormais chose facile. Et le monde redevient plus simple. Mais est-il, pour autant, plus juste ?

29 CJUE, 15 juill. 2021, n° C-804/18 et C-341/19, pt 90 : « L'article 2, paragraphe 2, sous b), de la directive n° 2000/78 doit être interprété en ce sens que les dispositions nationales protégeant la liberté de religion peuvent être prises en compte en tant que dispositions plus favorables, au sens de l'article 8, paragraphe 1, de cette directive, dans le cadre de l'examen du caractère approprié d'une différence de traitement indirectement fondée sur la religion ou les convictions. »

30 Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-42849 : « L'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés. »

31 Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28845.

32 Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28369.

Pouvoirs du chef d'entreprise et liberté religieuse du salarié 20019



Bernard Bossu

Professeur agrégé des facultés de droit
Doyen de l'université Lille 2 Droit et Santé
Professeur à l'université de Lille
Directeur du LEREDS (CRDP)

En principe, un salarié ne peut pas refuser d'exécuter sa prestation de travail pour un motif tiré de sa religion. En revanche, en l'absence d'une clause de neutralité, l'employeur ne peut lui interdire de manifester publiquement ses convictions religieuses.

Depuis de nombreuses années, le fait religieux, qui a toujours joué un rôle essentiel dans le monde et la vie en société, s'est invité dans les entreprises. Comme l'a fort justement souligné Philippe Waquet, cette évolution peut s'expliquer par « la montée du fondamentalisme qui se manifeste par une volonté impérieuse de pratiquer, en toute occasion et en tous lieux, les préceptes religieux dans leur détail et avec un grand formalisme »¹. Comment le droit doit-il réagir face à ce développement du fait religieux dans l'entreprise ?

Une première réponse, très générale et peu risquée, peut être trouvée dans l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Ce texte, qui est aujourd'hui la norme de référence, précise que la liberté religieuse comporte deux faces. L'article 9 affirme d'abord que « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ». Chacun peut librement, dans son for intérieur, décider d'avoir ou non des convictions religieuses. Sur ce premier aspect de la liberté religieuse, le contentieux trouve son origine dans le souhait d'une entreprise ou d'une institution à caractère religieux d'imposer sa croyance à ses salariés. En pratique, les difficultés sont réduites car souvent les salariés des institutions religieuses partagent la foi de leur employeur². La liberté religieuse se présente ensuite comme une manifestation de la liberté d'expression. Comme le prévoit encore l'article 9 de la Convention européenne, la liberté religieuse implique le droit « de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». Que serait la liberté de croire sans la possibilité de

manifester sa foi ? Comme l'a rappelé fort justement le Conseil d'État, même si dans le cadre de l'urgence sanitaire le gouvernement peut prendre les mesures nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19, la liberté du culte présente le caractère d'une liberté fondamentale³. Elle « ne se limite pas au droit de tout individu d'exprimer les convictions religieuses de son choix dans le respect de l'ordre public. Elle comporte également, parmi ses composantes essentielles, le droit de participer collectivement (...) à des cérémonies, en particulier dans les lieux de culte ». En résumé, la liberté de croire, implique la liberté de manifester sa religion.

Bien évidemment, même si la liberté religieuse est une liberté fondamentale, elle doit nécessairement, comme n'importe quelle liberté, être conciliée avec d'autres libertés et droits fondamentaux. On songe immédiatement, en cette période d'épidémie, à la protection de la santé publique. Qu'en est-il dans l'entreprise ? Quels sont les pouvoirs de l'employeur face à la liberté religieuse du salarié ? En l'état actuel du contentieux, deux grandes difficultés émergent. On peut d'abord se trouver face à un salarié qui, au nom de sa religion, remet en cause ses obligations contractuelles. Ensuite, un salarié peut revendiquer le droit d'affirmer ses convictions religieuses en portant tel vêtement ou tel objet à caractère religieux. Il exprime en quelque sorte, dans le cadre de sa liberté religieuse, son droit à l'autonomie. Mais la manifestation extérieure de sa croyance n'entrave pas l'accomplissement de son travail.

1 P. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, 2003, éd. Liaisons, p. 175.
2 P. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, 2003, éd. Liaisons, p. 181.

3 CE, 18 mai 2020, n° 440366 : LPA 6 août 2020, n° 154n4, p. 5, note B. Mérand.

I. Liberté religieuse et obligations contractuelles

Un salarié ne peut pas en principe refuser d'exécuter ses obligations contractuelles en invoquant ses croyances religieuses. La solution a été clairement affirmée par la Cour de cassation le 24 mars 1998 dans l'affaire du boucher musulman de Mayotte⁴. Un salarié de confession musulmane refuse de manier de la viande de porc en invoquant les prescriptions de sa religion alors qu'il est affecté depuis deux ans au rayon boucherie. Selon la Cour de cassation, « s'il est exact que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci, sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public ». La solution relève du bon sens, l'exécution de la prestation de travail ne peut pas dépendre des exigences variées qui résultent de l'observation de chaque religion. Dans le prolongement de cette première décision, la Cour de cassation va encore décider qu'un salarié ne peut pas s'opposer à la visite médicale obligatoire au motif qu'elle heurterait ses convictions religieuses⁵. De même, un salarié ne peut pas quitter sans autorisation son travail pour participer à une fête religieuse⁶. L'ensemble de cette jurisprudence se retrouve dans le *Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées* qui a été édité par le ministère du Travail en janvier 2017⁷. Ce document précise que si, au nom de ses convictions religieuses, un salarié refuse d'exécuter une tâche pour laquelle il a été embauché, il commet une faute pouvant entraîner une sanction disciplinaire⁸.

Au-delà de ses obligations strictement contractuelles, un salarié ne peut pas non plus, pour un motif tiré de sa religion, remettre en cause les principes fondamentaux qui gouvernent la société française. Un tel comportement est non seulement contraire au vouloir-vivre ensemble sur lequel repose la nation française, mais perturbe encore le bon fonctionnement de l'entreprise. Il n'est pas ainsi admissible qu'une conviction religieuse puisse conduire à considérer différemment les collègues féminines (refus de serrer, refus d'autorité)⁹. On se trouve en présence, selon le

guide du fait religieux, d'un agissement sexiste interdit par l'article L. 1142-2-1 du Code du travail¹⁰. De même, le respect des droits d'autrui condamne le prosélytisme¹¹, c'est-à-dire le fait d'exercer des pressions abusives sur des personnes en situation de faiblesse en vue d'obtenir le rattachement à une église¹².

L'impossibilité pour le salarié de refuser l'exécution de la tâche pour laquelle il a été recruté en raison de ses croyances religieuses connaît au moins deux limites. Tout d'abord, un motif de sécurité peut justifier l'inexécution de ses obligations contractuelles. Un salarié peut par exemple refuser une mission au Moyen-Orient en raison des risques réels que sa religion lui fait courir¹³. Un parallèle peut ici être établi avec le droit pour un salarié de refuser en raison de son orientation sexuelle une mutation géographique dans un État incriminant l'homosexualité (C. trav., art. L. 1132-3-2).

Ensuite, les parties au contrat peuvent prendre en considération les croyances du salarié et prévoir certains aménagements particuliers. Dans l'affaire du boucher musulman de Mayotte, la Cour de cassation a considéré que le contrat de travail pouvait contenir des dispositions sur l'exercice par le salarié de sa religion¹⁴. Par ailleurs, en cas de difficulté avec un salarié pour un motif religieux, rien n'interdit à l'employeur de rechercher avec celui-ci un accommodement raisonnable¹⁵. Cette notion, très présente au Canada, se présente comme l'ensemble des moyens qu'une entreprise déploie pour permettre aux salariés de concilier leurs droits et libertés avec l'exécution de leur contrat de travail, chaque fois que cela ne se traduit pas par une contrainte déraisonnable pour l'entreprise¹⁶. Ainsi, lorsqu'un salarié est tenu de participer à un repas d'affaires, l'employeur ne peut exiger de lui qu'il consomme effectivement le repas. Mais selon le guide du fait religieux, pour éviter une telle situation, l'employeur pourrait en amont s'assurer des éventuelles contraintes alimentaires des personnes présentes¹⁷. Une même démarche peut s'appliquer lorsqu'un salarié souhaite obtenir un jour de congé pour un motif religieux ; une autorisation exceptionnelle d'absence pourrait lui être accordée. Mais bien évidemment, l'employeur doit veiller à ne pas prendre une décision

4 Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44738 : Bull. civ. V, n° 171 ; Dr. soc. 1998, p. 614, obs. J. Savatier.

5 Cass. soc., 29 mai 1986, n° 83-45409 : Bull. civ. V, n° 262.

6 Cass. soc., 16 déc. 1981, n° 79-41300.

7 D. Berra, « Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées », in *Le fait religieux dans l'entreprise*, 2018, PUAM, p. 39.

8 D. Berra, « Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées », in *Le fait religieux dans l'entreprise*, 2018, PUAM, question n° 8.

9 P. Adam, M. Le Friant, L. Pécaut-Rivoilier et Y. Tarasewicz, « La religion dans l'entreprise, l'art (difficile) des limites », RDT 2016, p. 538.

10 D. Berra, « Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées », in *Le fait religieux dans l'entreprise*, 2018, PUAM, question n° 9.

11 B. Bossu, « Neutralité, convictions et religion », Dr. ouvr. 2017, p. 115.

12 J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, 7 éd., 2017, LGDJ, Lextenso, n° 204.

13 Cass. soc., 12 juill. 2010, n° 08-45509.

14 Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44738, op. cit.

15 B. Bossu, « L'accommodement raisonnable, un nouvel outil d'intégration ? », JCP S 2018, 1192.

16 K. Said, « Une invitation à l'aménagement raisonnable », SSL 2016, n° 1741, p. 13.

17 D. Berra, « Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées », in *Le fait religieux dans l'entreprise*, 2018, PUAM, question n° 11.

différente en fonction de la religion du demandeur, ce qui serait considéré comme discriminatoire¹⁸. La réponse doit être fonction des contraintes liées au bon fonctionnement de l'entreprise¹⁹.

Plus récemment une décision de la Cour de cassation a conduit à s'interroger sur une éventuelle remise en cause de la solution retenue dans la décision relative au boucher musulman de Mayotte. Rappelons que dans l'affaire précitée, la Cour de cassation a décidé que l'employeur n'avait pas à aménager les postes de travail de ses salariés²⁰. Le 7 juillet 2021, la Cour de cassation a statué sur le cas d'une salariée engagée par la RATP et qui devait être affectée dans un service d'agents de contrôle après avoir prêté devant un juge le serment prévu par la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer. À l'audience de prestation de serment, la salariée a proposé une autre formule car sa religion chrétienne lui interdisait de jurer. Le juge ayant refusé la formule de substitution, la RATP décide de licencier la salariée pour faute grave au motif qu'elle n'avait pas obtenu son assermentation. La Cour de cassation affirme qu'en vertu de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. En conséquence, la salariée n'a commis aucune faute en sollicitant la possibilité de substituer à la formule « je le jure » celle d'un engagement solennel²¹. La Cour de cassation avait déjà retenu une solution identique dans la même affaire, le 1^{er} février 2017²². Ne peut-on pas considérer qu'on se trouve finalement en présence d'une salariée qui méconnaît ses obligations contractuelles ? Ne s'agit-il pas d'une remise en cause de la solution retenue dans l'affaire du boucher musulman de Mayotte ? Nous ne le pensons pas car dans l'arrêt du 7 juillet 2021 la Cour de cassation note que la salariée n'avait commis aucune faute²³. Elle n'a pas en effet refusé de prêter serment, ce qui aurait constitué une violation de ses obligations, mais de prononcer la formule juratoire qui lui était proposée. Elle était prête à prononcer un serment qui reprenait le contenu indiqué par la RATP à savoir l'accomplissement loyal de ses obligations et le respect des lois et règlements.

Au terme de cette partie, il apparaît qu'en principe l'accomplissement du travail ne peut pas être entravé

par des exigences religieuses. Pour autant, l'employeur ne peut pas nécessairement interdire à un salarié de manifester publiquement ses croyances religieuses.

II. Liberté religieuse et manifestation extérieure de la croyance

Depuis plusieurs années le contentieux a été alimenté par le salarié qui ne souhaite pas cacher ses convictions religieuses au sein de l'entreprise. On songe évidemment aux débats qui entourent le port du foulard islamique dans l'entreprise ou encore au salarié qui porte une croix autour de son cou. L'employeur peut-il encadrer voire interdire ces comportements ?

En l'état actuel de la jurisprudence, la réponse peut se situer sur deux terrains différents mais complémentaires.

D'abord, on se trouve en présence d'une liberté fondamentale garantie par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Et, comme nous l'avons vu précédemment, la liberté religieuse n'est pas seulement la liberté d'avoir des convictions religieuses (le *for interne*) mais aussi la liberté de manifester sa foi (le *for externe*). Si l'on raisonne sur ce terrain, on sait qu'en principe le règlement intérieur ne peut pas porter atteinte aux droits et libertés. En revanche, des restrictions sont envisageables si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Des limites peuvent être ainsi apportées à la liberté religieuse pour des motifs de sécurité. La CEDH a par exemple décidé qu'un hôpital peut demander à une infirmière gériatrique de retirer la croix qu'elle porte autour du cou, à la suite de l'adoption d'un nouvel uniforme en col V. La croix peut en effet être source de lésions si un patient tire dessus ou en cas de contact de celle-ci avec une bles-sure ouverte²⁴.

La religion est aussi un motif prohibé de discrimination, l'article L. 1132-1 du Code du travail interdisant les discriminations fondées sur les convictions religieuses. Au cours des dernières années, la loi et la jurisprudence ont clarifié les frontières entre le permis et l'interdit.

Le premier risque encouru par l'employeur est celui d'une condamnation pour discrimination directe. Dès lors que l'on prend en compte la religion pour opérer une différence de traitement, on s'expose à une telle

18 D. Berra, « L'entreprise confrontée aux comportements religieux », Lexbase Hebdo éd. soc, n° 824, 14 mai 2020, n° Lexbase : N3293BYM.

19 D. Berra, « Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées », in *Le fait religieux dans l'entreprise*, 2018, PUAM, question n° 29.

20 Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44738, op. cit.

21 Cass. soc., 7 juill. 2021, n° 20-16206.

22 Cass. soc., 1^{er} févr. 2017, n° 16-10459 : JCP G 2017, 312, note J. Colonna et V. Renaux-Personnic ; JCP S 2017, 1159, note J.-M. Chonnier ; Dr. soc. 2017, p. 215, rapport J.-G. Huglo et avis de R. Weissmann ; D. 2017, p. 550, note J. Mouly ; RDT 2017, p. 332, note I. Desbarats.

23 D. 2017, p. 550, note J. Mouly.

24 CEDH, 15 janv. 2013, n° 59842/10 : RJPF mars 2013, p. 14, note E. Putman.

sanction. La CJUE²⁵ puis la Cour de cassation²⁶ ont clairement décidé qu'un employeur ne pouvait interdire le foulard islamique au motif que le port d'un tel voile gênerait les clients de l'entreprise. La solution doit être entièrement approuvée car l'interdiction de manifester ses convictions religieuses en public est susceptible de caractériser une discrimination directe. À partir de là, le débat va porter sur la présence d'une éventuelle cause justificative. En vertu de l'article L. 1133-1 du Code du travail, une discrimination directe peut être justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Comme il a été précisé par la CJUE, cette notion « renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité en cause »²⁷. Elle ne peut donc pas découler d'une décision que l'employeur décide de prendre. Il faut que, de façon objective, l'activité en cause ne puisse être exercée sans une atteinte à la liberté religieuse. Ainsi, lorsque des salariées sont employées comme modèles pour présenter des maillots de bain, le port du voile est manifestement incompatible avec les conditions d'exercice de l'activité²⁸. La manifestation d'une conviction religieuse peut aussi entrer en conflit avec un exercice en toute sécurité de sa profession. Ainsi, lorsqu'un salarié doit porter un masque pour éviter d'être exposé à des rayonnements lors de son travail dans une centrale nucléaire, le port de la barbe est incompatible avec cette consigne sous peine de compromettre l'étanchéité du masque²⁹. Dans le prolongement de cette décision, la Cour de cassation a affirmé le 8 juillet 2020 que « l'objectif légitime de sécurité du personnel et des clients de l'entreprise (...) permet à l'employeur d'imposer une apparence neutre lorsque celle-ci est rendue nécessaire afin de prévenir un danger objectif »³⁰. Mais l'employeur ne peut se contenter de simples affirmations, il doit expliquer de façon concrète pourquoi la sécurité de l'entreprise est remise en cause.

La justification d'une discrimination directe devient problématique si elle repose sur les demandes de la clientèle. Pour la CJUE, « la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une

travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante »³¹. Un employeur ne peut pas, pour satisfaire sa clientèle, adopter un comportement qui aboutit à la prorogation des préjugés. Dans un arrêt récent en date du 14 avril 2021, la Cour de cassation a encore considéré qu'au-delà de l'exigence particulière d'un client, l'employeur ne peut pas non plus invoquer comme cause justificative l'image de l'entreprise et l'atteinte à sa politique commerciale³². Il est vrai que dans cette affaire l'employeur avait parlé d'un choix de positionnement commercial destiné à exprimer la féminité de sa clientèle sans dissimuler son corps et ses cheveux. On se trouve en présence d'une démarche purement subjective qui renvoie à l'image que chacun peut se faire de la femme.

On l'a compris, il est particulièrement difficile de justifier une discrimination directe. C'est pourquoi, l'employeur peut être tenté d'insérer une clause de neutralité au sein de son règlement intérieur. Depuis la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, l'article L. 1321-2-1 du Code du travail affirme que « 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, dont la légalité a pu être discutée, a été conforté par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Elle a reconnu le 14 mars 2017 dans l'affaire *Achbita* le droit pour une entreprise privée de restreindre, par une règle interne, le port de signes religieux, politiques ou philosophiques pour les salariés en contact avec la clientèle³³. La solution a été réaffirmée par la Cour de cassation le 14 avril 2021 : le règlement intérieur de l'entreprise peut contenir une clause de neutralité interdisant le port de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients³⁴. Pour comprendre la solution, il faut imaginer qu'une entreprise souhaite mettre en place une politique de neutralité en raison par exemple de la diversité de ses clients ou encore pour que l'image qu'elle véhicule par l'intermédiaire de son personnel ne soit pas contraire aux produits proposés. Ensuite, conformément au principe de proportionnalité, la

25 CJUE, 14 mars 2017, n° C-188/15, Bougnaoui : JCP S 2017, 1105, note B. Bossu ; D. 2017, p. 947, note J. Mouly ; Dr. soc. 2017, p. 450, note Y. Pagnerre ; RDT 2017, p. 422, note P. Adam.

26 Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19855 : JCP S 2017, 1399, avis C. Courcol-Bouchard, notes B. Bossu et F. Pinatel.

27 CJUE, 14 mars 2017, n° C-188/15, Bougnaoui.

28 S. Robin-Olivier, « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? », RDT eur. 2017, p. 229.

29 CA Nîmes, 21 juin 2016, n° 14/04558.

30 Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-23743 : JCP S 2020, 2092, note B. Bossu ; Dr. soc. 2021, p. 232, note J. Mouly ; RDT 2020, p. 620, note L. Willocx.

31 CJUE, 14 mars 2017, n° C-188/15, Bougnaoui.

32 Cass. soc., 14 avr. 2021, n° 19-24079 : JCP S 2021, 1161, note B. Bossu.

33 CJUE, 14 mars 2017, n° C-157/15, Achbita : JCP S 2017, 1105, note B. Bossu ; D. 2017, p. 947, note J. Mouly ; Dr. soc. 2017, p. 450, note Y. Pagnerre ; RDT 2017, p. 422, note P. Adam.

34 Cass. soc., 14 avr. 2021, n° 19-24079.

limitation apportée aux libertés ne doit pas dépasser ce qui est strictement nécessaire pour atteindre le but recherché. C'est pourquoi la clause de neutralité est limitée au personnel en contact avec la clientèle.

La présence d'une clause de neutralité permet à l'employeur d'échapper à la discrimination directe. En revanche, il pourrait éventuellement être poursuivi pour discrimination indirecte si la clause entraîne un désavantage particulier pour les personnes d'une religion donnée par rapport à d'autres personnes. Mais, à la différence de la discrimination directe, la discrimination indirecte peut être justifiée par un objectif légitime entendu de façon très large. La CJUE a notamment décidé que « la volonté d'afficher dans les relations avec les clients tant publics que privés, une politique de neutralité politique, philosophique ou religieux doit être considéré comme légitime » en application de la liberté d'entreprendre reconnue à l'article 16 de la Charte des droits européens³⁵. Par ailleurs, l'article L. 3121-1-2 du Code du travail prévoit

que la clause de neutralité peut être justifiée par « les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise », ce qui donne une grande souplesse d'appréciation à l'employeur.

En définitive, il apparaît que l'entreprise doit respecter toutes les croyances et qu'elle ne peut défavoriser un salarié à raison de son appartenance religieuse sauf à s'exposer à une condamnation pour discrimination. Pour autant, elle n'a pas à supporter les exigences imposées par chaque religion et qui remettraient en cause l'exécution du contrat de travail. Pour prévenir les difficultés, s'agissant des salariés en contact avec la clientèle, l'employeur peut opter pour la mise en place d'une clause de neutralité. En cas de conflits, il peut essayer de trouver, dans la mesure du possible, un accommodement raisonnable avec son salarié. Si celui-ci s'avère impossible, le refus pour un travailleur d'exécuter sa prestation de travail constitue une faute pouvant justifier une sanction disciplinaire.

35 CJUE, 14 mars 2017, n° C-157/15, Achbita.

La religion dans l'entreprise : l'avènement de notions floues accroît la liberté religieuse 200m8



Lucien FLAMENT

Avocat au barreau de Paris
Valmy Avocats

Distinguons la religion dans l'entreprise de « l'entreprise de religion ». Il n'est pas indifférent de constater l'opposition de l'organisation du régime juridique de l'une et de l'autre : ici des sources juridiques contraignantes appliquant de façon constante des principes simples et clairs, là des sources multiples à la normativité variable enchaînant les changements d'analyse et multipliant les notions floues.

Quant au régime juridique de **l'entreprise de religion**, on peut dire que la messe est dite tant les règles de droit du travail et de la sécurité sociale semblent bien établies. Les ministres du culte ne sont pas des salariés. Le principe a été posé par la Cour de cassation, d'ailleurs plus sous la forme d'une pétition de principe que d'une déduction juridique : « attendu cependant que les pasteurs des églises et œuvres cultuelles relevant de la Fédération protestante de France ne concluent pas, relativement à l'exercice de leur ministère, un contrat de travail avec les associa-

tions cultuelles légalement établies », peu important en l'espèce que les rapports entre les parties aient été formalisés par une déclaration d'embauche et un contrat de travail... (Cass. soc., 28 avr. 2011, n° 09-72721 – v. aussi Cass. soc., 12 juill. 2005, n° 03-43354 : RJS 2005, n° 1069). Cette sorte de **présomption** irréfragable n'en est pas moins régulièrement rappelée par la haute juridiction. Elle ne concerne que les activités cultuelles. Un religieux se consacrant à l'enseignement est susceptible d'être salarié (Cass. soc., 20 janv. 1993, n° 89-43871), surtout si cette activité ne s'exerce pas dans le cadre de

sa congrégation mais d'une simple mission catholique (Cass. soc., 11 janv. 1989, n° 86-12422 : RJS 1989, n° 186) ou d'une université (Cass. soc., 20 déc. 1990, n° 88-11451 : RJS 1991, n° 242). Par contre, une activité d'enseignement accessoire ne suffit pas à échapper au non-salariat (Cass. soc., 6 mai 2009, n° 08-40129). Une nuance toutefois si la solution est claire pour les ministres du culte catholiques, protestants et musulmans, elle le semble nettement moins pour les rabbins, la cour d'appel de Paris ayant par exemple jugé que « le service de rabbin n'est pas, dans toutes ses activités, celui d'un ministre du culte et que, suivant la tradition mosaïque, il n'a pas d'activité exclusivement religieuse, fournissant en réalité une prestation intellectuelle qui n'a souvent aucune forme spirituelle et qui est compatible avec une relation de travail exercée dans un état de subordination juridique » (CA Paris, 21 nov. 1996 : RJS 1997, n° 232 – V. aussi CA Aix-en-Provence, 8 avr. 1997 : RJS 1997, n° 1051). On constate que la présomption ne semble plus de mise en l'absence d'une **institution religieuse**.

Plus récemment, s'est posée la question des personnes qui ne sont pas des religieux mais qui vivent au sein d'une **communauté religieuse** plus ou moins informelle. En effet, les religieux exerçant une activité profane, comme celle d'infirmière, mais au service de leur congrégation ne sont pas salariés (Cass. Ass. Plén., 8 janv. 1993, n° 87-20036 : RJS 1993, n° 180). La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de préciser que l'engagement religieux d'une personne n'est susceptible d'exclure l'existence d'un contrat de travail que pour les activités qu'elle accomplit pour le compte et au bénéfice d'une congrégation ou d'une association légalement établie (Cass. soc., 20 janv. 2010, n° 08-42207 : RJS 2010, n° 303). L'existence d'une institution religieuse valablement établie semble donc déterminante de l'exclusion du salariat.

Du côté du **régime social**, les règles sont également bien connues, les religieux cotisent auprès d'un organisme dédié, la CAVIMAC, la caisse d'assurance vieillesse invalidité et maladie des cultes, issue de la fusion en 2000 entre la CAMAVIC en charge des régimes vieillesse et invalidité et de la CAMAC en charge des régimes maladie et maternité, créées en 1978. On retrouve également une certaine logique institutionnelle : ce n'est pas le ministre du culte non salarié qui s'inscrit à la sécurité sociale mais son association cultuelle (ou tout autre institution dont il relève) qui le déclare. Celle-ci doit également déclarer ses membres qui ne remplissent pas les conditions d'affiliation à la CAVIMAC (la confiance règne...).

L'avocat à qui il serait demandé une note présentant le régime social des membres culturels d'une entreprise de religion n'aurait donc pas de mal à l'établir

en seulement quelques pages – on n'ose parler d'une simplicité biblique... Le même exercice s'avérerait nettement moins simple s'agissant de **la religion dans l'entreprise** – même s'il faut bien admettre que, sans doute, l'exclusion du droit du travail n'est pas pour rien dans la limpidité de l'étude du régime juridique des membres culturels de l'entreprise de religion au regard du droit social. Et pourtant, il semble loin le temps du paternalisme patronal et de ces entreprises industrielles qui se faisaient comme un devoir moral de ne recruter comme ingénieurs que des catholiques pratiquants... Elles seraient bien en peine de le faire aujourd'hui : alors qu'au milieu des années 1960, 94 % de la génération en France était baptisés et 25 % allaient à la messe tous les dimanches, de nos jours la pratique dominicale tourne autour de 2 % et les baptisés avant l'âge de sept ans ne sont plus que 30 % (G. Cuchet, « Comment notre monde a cessé d'être chrétien », Seuil, 2018). On pourrait donc penser que le sujet de la religion dans l'entreprise – on n'ose plus dire la religion du salarié – relève de l'histoire ancienne et pourtant il n'en est rien.

En apparence, les rapports du droit français avec la religion sont régis par **le principe de laïcité** – qui semble être à la fois une valeur de la République et un principe juridique – que l'on illustre souvent par la formule d'Aristide Briand : « L'état n'est ni religieux ni antireligieux ; il est areligieux ». De fait, le Code du travail ignore pour ainsi dire la religion. Dès lors il semblerait simple de répondre aux questions du quotidien d'un chef d'entreprise, comme « puis-je refuser une demande d'un jour de congé correspondant à une fête religieuse ? Oui, tout à fait, en application du principe de laïcité ». Pourtant, telle n'est pas la réponse du droit positif. Tout d'abord, la jurisprudence a décidé que le principe de laïcité ne s'appliquait pas dans les entreprises privées. Ensuite, un ensemble de sources juridiques plus ou moins contraignantes est venu limiter la liberté de l'employeur. Dans un premier temps, la doctrine nous a expliqué que la liberté religieuse du salarié était plus importante que les autres et qu'en conséquence on ne pouvait pas traiter une **demande de congé au titre d'une fête religieuse** de la même façon qu'une demande de congé pour l'anniversaire d'un enfant : les demandes religieuses doivent être traitées de bonne foi (J. Savatier, *Liberté religieuse et relations de travail*, Mélanges Verdier, p. 455 ; F. Gaudu, « La religion dans l'entreprise », Dr. soc. 2010, p. 69). À ce jour, le chef d'entreprise qui consulte une documentation juridique reçoit la réponse suivante : « l'employeur doit justifier le refus d'accorder une autorisation d'absence pour fête religieuse » (Liaisons sociales quotidien, « Gérer le fait religieux dans l'entreprise », 10 sept. 2020, n° 18137, p. 4). Sans doute ne s'agit-il là que d'une délibération de la Halde à la por-

tée normative limitée faute de jurisprudence de la Cour de cassation mais l'employeur qui souhaite éviter tout risque de contentieux risque de vouloir s'y soumettre. On conçoit sans peine que pour le chef d'entreprise la liberté de refuser sous réserve d'une justification – dont le caractère suffisant sera souverainement apprécié par un juge – n'est plus vraiment une liberté.

Il en va de même quant au port du voile – pardon, je veux dire de tout couvre-chef – en effet « de manière générale, pour éviter tout risque de discrimination, il est plus prudent d'interdire par exemple **le port de tout couvre-chef**, plutôt que de viser le voile islamique ou la kippa » (Liaisons soc., op. cit. p. 3). L'employeur peut prévoir dans son règlement intérieur une clause de neutralité ; la loi du 8 août 2016 a inscrit cette possibilité dans le Code du travail à l'article L. 1321-2-1 : « 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 ». On devine sans peine la circonspection du chef d'entreprise quant à l'identification des « autres libertés et droits fondamentaux » et plus encore quant à l'évaluation par un juge n'ayant en général jamais travaillé dans une entreprise « des nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise » et de la proportionnalité. Sera-t-il plus éclairé lorsqu'il apprendra que cet article L. 1321-2-1 « ne crée pas de droit » ? (N. Cadène, « Le silence religieux dans l'entreprise », JCP S 2017, 1260). Même résolu à insérer une telle clause de neutralité, il devrait encore prendre garde à ne viser que les salariés en contact avec la clientèle et surtout en cas de refus d'un salarié, il devrait chercher à le reclasser (CJUE, 14 mars 2017, n° C-157/15). Quand on sait avec quelle sévérité la chambre sociale a constamment condamné les employeurs ne réussissant pas à reclasser les salariés pourtant déclarés « inaptes à tout poste » jusqu'à nécessiter une intervention du législateur, on comprend que la perspective de cette obligation de reclassement apparaît comme un efficace épouvantail ou, en termes plus châtiés, une « source d'interrogations et d'incertitude » (N. de Sevin, « Le silence religieux dans l'entreprise », JCP S 2017, 1266 – *Adde*, O. Dutheil de Lamothe, « Le règlement intérieur peut-il interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? », JCP S 2017, 1263). L'employeur qui insère une clause de neutralité dans son règlement intérieur ne peut donc pas être certain de son efficacité – ce serait même plutôt le contraire !

À défaut d'une telle clause de neutralité l'employeur doit justifier d'une « exigence professionnelle essen-

tielle et déterminante », c'est-à-dire une « exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause », seule susceptible d'écarter la discrimination (Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-23743). Le cadre de réflexion de la jurisprudence semble avoir évolué : il ne s'agit plus d'apprécier les limites d'une liberté – en l'occurrence religieuse – dans l'entreprise mais de demander à l'employeur de **justifier de l'absence de discrimination** dès lors que le comportement reproché est susceptible d'avoir une dimension religieuse. Un tel déplacement de la question a pu être jugé... « diabolique » (F. Pinatel, « Le droit de croire. État actuel (et à venir ?) de la jurisprudence », JCP S 2017, 1265). En tout cas, il explique à quel point il est important de ne plus appeler un voile un voile mais un couvre-chef ou de trouver des motifs de licenciement sans aucun rapport avec un début de commencement de dimension religieuse. L'arrêt du 8 juillet 2020 (op. cit.) en atteste. Dans cette espèce, une société de sécurité privée recrute un « consultant sûreté » et ce dernier effectue notamment une mission au Yémen. Au bout de quelques temps, il arbore **une barbe** qui d'après l'employeur n'est pas exclusive de toute connotation. Tout le monde a bien compris qu'il s'agissait d'une barbe de salafiste. Pas facile pour l'employeur de convaincre et de rassurer les clients et partenaires craignant le risque de terroristes arborant souvent cette fameuse longue barbe hirsute avec l'aide d'un salarié la portant lui-même. Un ancien salarié en témoignait : « j'ai observé que les militaires avec lesquels on travaillait étaient particulièrement inquiets et sur leur garde. Un comportement ou une apparence inappropriés s'apparentant à celles des groupes terroristes aurait même pu nous mettre sérieusement en danger ». La Cour juge pourtant cette barbe tout à fait légitime, le comportement de l'employeur discriminatoire et le licenciement nul. Il semble même que l'employeur aurait dû préciser quelle façon de tailler la barbe aurait été admissible. On pourrait presque venir à se demander si la Cour n'est quelquefois pas un peu taquine voire moqueuse vis-à-vis des employeurs d'autant que si l'employeur avait déterminé la longueur de la barbe – à la manière de la longueur des jupes dans les règlements des écoles catholiques ? – il lui aurait à coup sûr été reproché une atteinte à la liberté du salarié (mais qui n'aurait peut-être pas été sanctionnée par la nullité). Sur le fond soyons clair : la jurisprudence n'a jamais reconnu la validité d'une telle « exigence professionnelle » et ne semble pas prête à le faire, cette possibilité de justification de l'employeur paraît donc bien illusoire ce qui renforce considérablement la liberté religieuse du salarié : une manifestation religieuse du salarié ne peut pas être sanctionnée.

D'autres questions concrètes posées par la religion du salarié n'ont pas été tranchées par la Cour de cassation. On peut donc se tourner vers la *soft law* et examiner les pratiques. Des « **guides pratiques** » et autres « repères » ont été diffusés, tant par le gouvernement (Ministère du travail, *Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées*, janv. 2017, mise à jour févr. 2018) que par de grandes entreprises. Ainsi que faire face à un salarié dont l'épuisement physique afférent au jeûne du Ramadan le rend incapable d'assurer son poste ? On pourrait le retirer de son poste, idéalement à la suite de l'avis conforme du médecin du travail mais il est aussi suggéré d'alléger le temps de travail pendant le mois du jeûne avec rattrapage (Halde, Délib. n° 2008-10, 14 janv. 2008). Les positions de certains guides d'entreprise laissent pantois, ainsi dans telle entreprise un salarié qui refuse de serrer la main des femmes au nom de ses convictions religieuses ce n'est pas nécessairement un problème alors qu'un salarié qui refuse d'être seul avec une personne de l'autre sexe dans une pièce, au nom du respect de ses croyances religieuses, a un comportement discriminatoire prohibé par la loi... Un commercial qui refuse de participer au déjeuner d'affaires prévu en raison du Ramadan ? Il doit y assister par contre, il peut ne pas manger... on imagine d'ici la folle ambiance à table autour de la côte de bœuf. Dans telle entreprise, si des salariés disposent, sans autorisation préalable, des tapis de prière dans les vestiaires il n'est pas conseillé au manager d'enlever les tapis. À l'évidence, la solution serait différente s'il s'agissait de tapis de yoga...

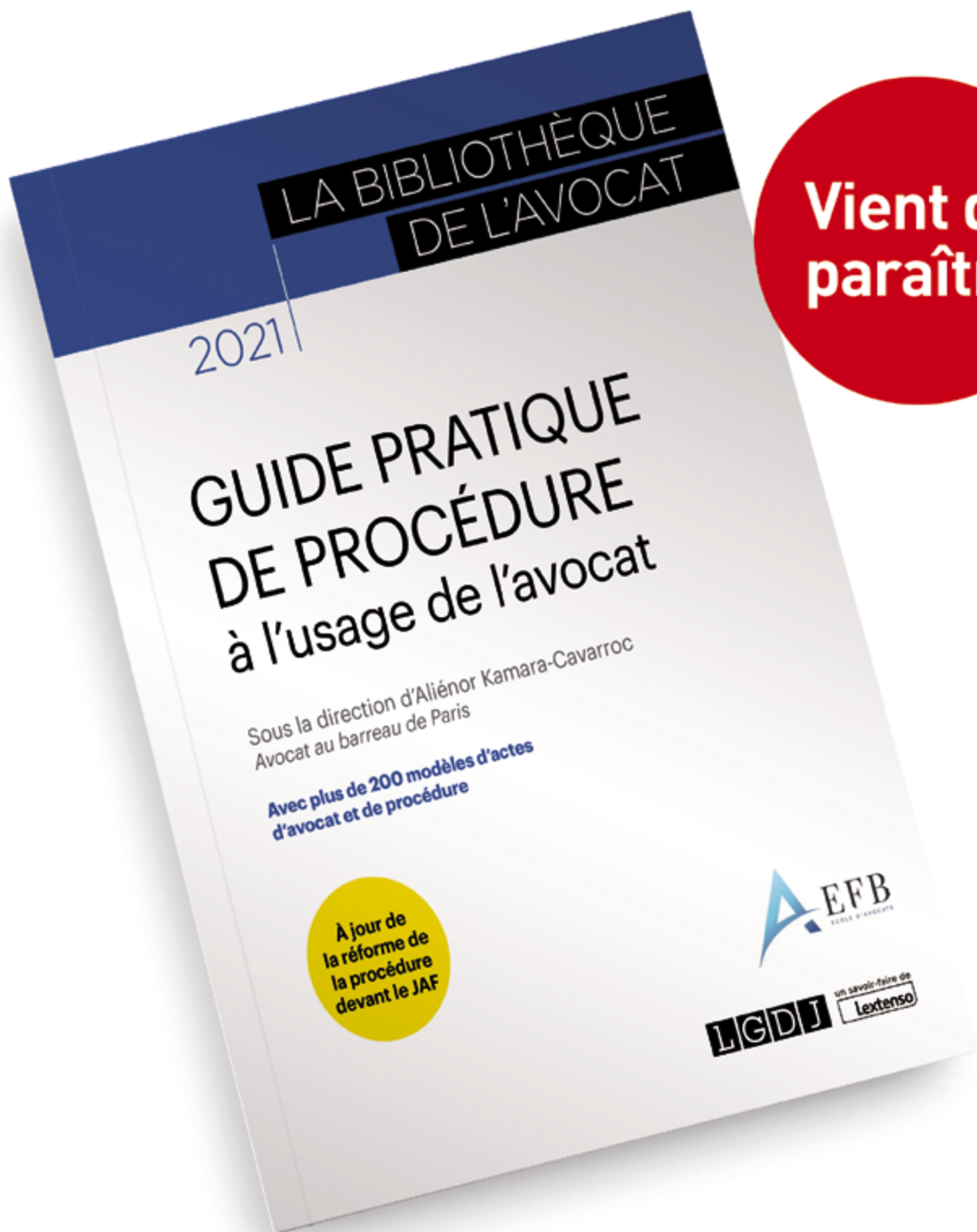
L'ensemble de ces éléments donne le net sentiment qu'au cours de ces dernières décennies la **liberté religieuse** du salarié a pris le pas sur la liberté de l'employeur de diriger son entreprise, au regard du droit et plus encore en pratique tant les critères dégagés par la jurisprudence – des notions très floues – lui laissent une grande marge d'interprétation, synonyme d'autant d'incertitude pour l'employeur, sans compter que ces standards juridiques ne sont quasiment jamais utilisés en faveur des employeurs. L'employeur n'est jamais sûr que son comportement ne sera pas considéré discriminatoire et son licenciement jugé nul. Quand on pense qu'il n'y a pas si longtemps, en 1978, l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation admettait le caractère réel et sérieux du licenciement d'une institutrice d'école privée catholique, motif pris de son remariage après un divorce (Cass. Ass. Plén. 19 mai 1978, n° 76-41211 : Bull. Ass. Plén., n° 1), on mesure à quel point les temps ont changé. Un article de journal résume tout à fait la situation actuelle : « l'employeur est tenu d'accepter certaines pratiques » (C. Montaigne, « La religion au travail, casse-tête des employeurs », Les Echos, 9 juin 2009). Que cette évo-

lution traduise une progression générale des libertés du salarié dans l'entreprise ou un statut particulier fait à la liberté religieuse afin d'éviter toute récrimination source potentielle de perturbations sociales est une autre question.

Il n'en demeure pas moins que nombres d'activités professionnelles sont *de facto* soumises à des **exigences vestimentaires et d'apparence**. Souvent pour les clients, le professionnalisme de telle ou telle profession, qu'il s'agisse de banque d'affaire ou d'une activité d'accueil, s'exprime aussi à travers l'apparence. On connaît la formule : « on n'a qu'une seule fois l'occasion de faire une bonne première impression ! ». Ces exigences des clients, des collègues, de l'employeur ou d'autorité instituées peuvent paraître désuètes, rétrogrades, voire discriminatoires, elles n'en sont pas moins une réalité du monde du travail, tout comme elles existent dans d'autres activités sociales, sportives, religieuses, politiques, judiciaires ou autres. Leur sanction est bien connue : ceux qui ignorent ou refusent de respecter l'apparence requise ne sont pas cooptés, recrutés ou entendus, etc. (v. pour un exemple T. Haen, « Le power dressing », Kiwi, 2018). L'auteur de ces lignes se souvient bien avoir été « gourmandé » à une audience du juge civil pour l'absence d'une cravate que, dans la précipitation de son retard, il n'avait pas pris le temps de nouer, ce qui fut fait sur le champ... Il n'est pas sûr que la négation par le juge de cette réalité conduise à l'éradiquer le plus efficacement.

De façon plus générale, le développement de la liberté religieuse du salarié limite la facilité de l'employeur à **organiser son entreprise**. Bien sûr dans une très grande entreprise, l'employeur pourra suivre les recommandations des meilleurs experts pour gérer le fait religieux : établir un état des lieux, initier une concertation, avoir une entrevue avec l'inspection du travail, former les managers, mettre en place une « hotline », communiquer auprès du personnel par intranet, etc. (Liaisons soc., op. cit., p. 6). Mais pour le chef d'une entreprise de petite taille ou moyenne, ces demandes de congé qu'il n'est pas censé refuser, ces allègements de temps de travail qu'on lui suggère de mettre en place, ces plaintes de clients quant à l'apparence vestimentaire, etc., seront une contrainte de gestion supplémentaire. De tels « arrangements » ne sont pas extrêmement complexes à mettre en place ou coûteux mais ils ne constituent pas moins une charge de gestion et une contrainte supplémentaire.

Que l'on ne s'y trompe pas, l'affaiblissement du pouvoir de l'employeur face à la liberté religieuse du salarié risque d'avoir pour conséquence l'accroissement d'une plus sourde discrimination à l'embauche, même si cela ne sera plus par conviction, comme au temps du patronat chrétien, mais par pragmatisme.



**Vient de
paraître**

“ La nouvelle édition de la Bible de la procédure, comportant plus de 200 modèles d'actes d'avocat et de procédure, vient de paraître ! ”

Disponible
sur

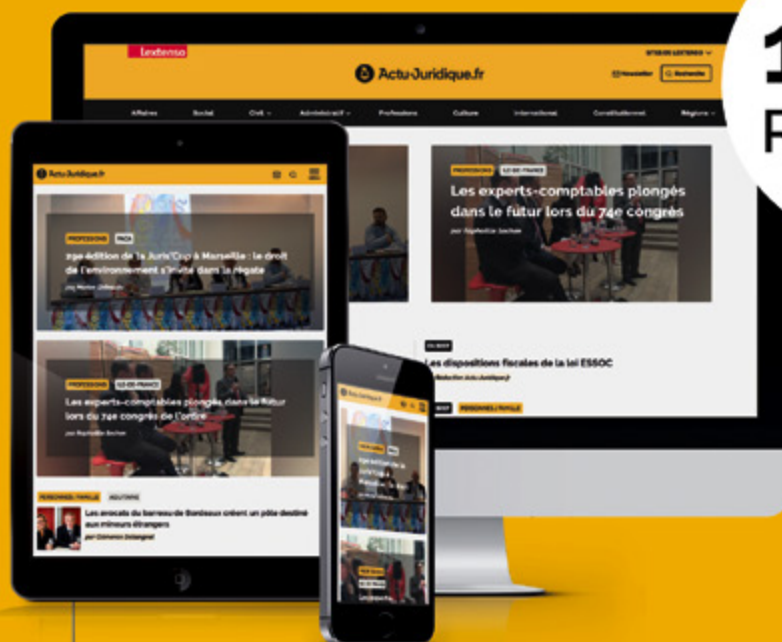
Librairie
lgdj
www.lgdj.fr



Actu-Juridique.fr

Le droit en clair et en direct.

Chaque jour, avec Actu-Juridique.fr, bénéficiez d'une veille fiable et gratuite de l'information juridique essentielle à votre pratique.



**100 %
RÉACTIF**

Profession du droit • Droit social • Entreprises en difficulté
• Justice • Droit de la famille • Économie & droit...

Actu-Juridique.fr, EST LE SITE DE VEILLE JURIDIQUE DE

Lextenso

SUIVEZ-NOTRE ACTUALITÉ SUR



@actujuridique.fr



@ActuJuridiqueFR



@Actu-Juridique.fr