

ÉTUDES

532

I La religion dans l'entreprise L'art (difficile) des limites

Patrice Adam

Professeur à l'Université de Lorraine

Martine Le Friant

Professeure à l'Université d'Avignon

Laurence Pécaut-Rivolier

Magistrate

Yasmine Tarasevicz

Avocate (Proskauer)

À ceux qui en doutaient, l'affaire du burkini aura, à sa façon, administré belle leçon : en ces temps troublés, l'apaisement autour de la question religieuse n'est pas pour aujourd'hui (ni probablement pour demain). Le feu des passions (que l'affaire de la crèche Baby Loup aura largement contribué à nourrir en droit du travail) brûle toujours ! Mais pour qu'il ne s'évade pas de son foyer et que l'incendie ne se fasse pas ravageur, il est crucial d'en revenir à la raison du droit. À cette dernière, le Conseil d'État aura récemment rappelé chacun. Au droit de fixer des bornes à l'exercice « public » de la liberté religieuse. À cet art difficile et délicat des limites, l'entreprise privée fournit terrain propice. En attendant que la CJUE apporte à l'œuvre en cours importante contribution, l'Association française de droit du travail et de la sécurité sociale avait mis en place, en 2015, un groupe de travail en charge de réfléchir à l'épineuse question du fait religieux en entreprise. Si le texte qui suit n'offre pas exact reflet de ses réflexions, il y puise cependant large part de son inspiration.

L'art des limites – qui est aussi celui de l'équilibre – est art exigeant, difficile, et l'artiste souvent en proie aux doutes (alors que ceux qui contemplent, critiquent et souhaitent orienter son œuvre sont généralement investis des plus doctes certitudes!). Limiter la liberté (car il n'en est aucune qui, dans le monde du droit, s'exerce sans limites) est exercice périlleux, combat acharné, où la passion le dispute à la raison. La question de l'exercice, et de ses limites, de la liberté religieuse dans l'entreprise est à cet égard emblématique. Le contentieux *Baby Loup*¹ lui a récemment offert (archétypal²) champ de

bataille. Et si d'autres affaires, avant elle, avaient déjà mis en débat judiciaire « ordre religieux » et « ordre productif », aucune n'avait eu, jusqu'alors, le même retentissement médiatique, politique et doctrinal que ce dernier³. D'une certaine manière, ce « simple » litige du travail a été lieu et moment de cristallisation de l'ensemble des tensions qui traversent la société française (l'affaire du burkini qui a donné lieu à une ordonnance du tribunal administratif de Nice, ayant validé l'arrêté d'interdiction du maire de Villeneuve-Loubet, et à son annulation par le juge des référés du Conseil d'État le

(1) Sur cette affaire, trois regards très différents, v. S. Hennette-Vauchez, V. Valentin, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ, coll. « Exégèses », 2014; L. Dupraz, *Baby Loup, histoire d'un combat*, Erès, coll. « Mille et un bébés », 2012; C. Eliacheff, *Comment le voile est tombé sur la crèche*, Albin Michel, coll. « Essais doc. », 2013.

(2) Sans doute d'un certain point de vue... Reste que, par certains côtés, le cas apparaît « singulier » : secteur non marchand, un public accueilli sensible (des enfants en bas âge), une localisation géographique dans une zone fortement multiculturelle (et l'image des usagers de la crèche).

(3) Compte-tenu du caractère particulier de cette contribution, choix a été fait de ne pas rappeler l'abondante littérature (nourrie, pour une très large part, par les commentaires doctrinaux autour de l'affaire *Baby Loup*) relative à la question du fait religieux en entreprise. Mais il va de soi qu'elle a été l'un des matériaux du groupe de travail mis en place par l'Association française de droit du travail et de la sécurité sociale (AFDT).

26 août 2016⁴, en étant le dernier avatar). Il a ainsi été nourri des peurs qui la secouent (celles d'une société communautarisée et de l'intégrisme religieux, le tout sur fond de menaces et d'actes terroristes), des disputes qui l'animent (celles relatives à l'identité nationale et/ou à la politique d'immigration...), des transformations profondes qui l'affectent.

Après les arrêts rendus, dans cette affaire, par la Chambre sociale et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, avant la prise de position, fort attendue, de la Cour de Justice de l'Union européenne (dans un autre litige, impliquant cette fois le secteur marchand et non une structure associative et solidaire) et à un moment où la nécessité d'une éventuelle intervention législative était encore débattue, l'Association française du droit du travail et de la sécurité sociale (AFDT) a souhaité se pencher sur la réalité et l'ampleur des problèmes constatés en milieu de travail, sur l'état du droit positif et son (*in*)adéquation aux difficultés rencontrées dans les entreprises. Elle a, tout au long de l'année 2015, réuni un groupe de travail composé d'universitaires, de magistrats, d'avocats, de membres de l'administration du travail, de DRH, de syndicalistes et de représentants du personnel⁵. Ce travail, dont une synthèse est ici⁶ partiellement restituée⁷ a abouti, entre autres, à la conclusion que le droit positif – celui d'avant la loi « Travail » – permettait d'apporter des réponses équilibrées à l'essentiel des questions posées au quotidien des entreprises, questions qui se sont finalement révélées, confirmant en cela les résultats d'études antérieures, assez circonscrites et n'entraînant pas toujours, tant s'en faut, d'inextricables conflits. Des solutions pragmatiques, négociées dans le cadre de processus plus ou moins formalisés, permettent souvent – mais pas toujours, il est vrai – de dénouer des « situations-problèmes » (pour emprunter au langage usuel de la prévention des risques psychosociaux). L'idée que le fait religieux devait être traité comme le fait non religieux a souvent été mis en avant par exemple lorsqu'a été abordé le traitement des demandes d'absence liées à des contraintes familiales, religieuses ou à d'autres causes.

Fallait-il alors légiférer pour délimiter les frontières de la liberté religieuse au travail (de la liberté d'y manifester publiquement, d'une manière ou d'une autre, ses croyances) ? Si la question n'était point véritablement un

axe de réflexion du groupe, elle n'en a pas moins traversé tous ses débats. Elle en a été, d'une certaine façon, le surplomb. Nous pensons pouvoir dire qu'à cette question, la réponse largement partagée au sein du groupe fut négative. Un « non » cependant tout en nuances... Si techniquement, une intervention législative ne s'imposait pas, elle pouvait cependant remarquer certains, avoir quelques « vertus pédagogiques » en traçant, pour les « responsables de terrain » en charge de ces questions au quotidien dans les entreprises, des lignes directrices, plus aisément appropriables et mobilisables, dans le cadre de négociations, de discussions ou de décisions que les solutions jurisprudentielles mal connues ou mal reçues. Gain qui risquait cependant, à court terme, sur un plan politique, de relancer, ou d'attiser, la « bataille du religieux »... avant, peut-être, qu'à plus long terme, cette possible loi ne devienne facteur d'apaisement.

La question du religieux dans l'entreprise a été appréhendée sous les deux aspects juridiques qui la gouvernent : la liberté pour le salarié de manifester sa religion et l'interdiction des discriminations⁸. Le droit international et européen donne quelques hiératiques repères : article 18 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de l'ONU ; article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (avec bien sûr les très nombreuses décisions de la Cour européenne des droits de l'homme)⁹ ; article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Cette directive – au cœur du renvoi préjudiciel décidé par la Chambre sociale dans son arrêt « SA Micropole Univers » du 9 avril 2015 (n° 13-19.855) – interdit les discriminations, directes et indirectes, notamment en lien avec « la religion ou les convictions ». D'autres instruments sont offerts en droit interne avec différents énoncés : article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« nul ne peut être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public... »), article 1^{er} de la loi de séparation des Églises et de l'État du 9 décembre 1905 (« La République... garantit le libre exercice des cultes... »), Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (« Nul ne peut être lésé, dans son

(4) Pour le juge administratif, « le maire doit concilier l'accomplissement de sa mission de maintien de l'ordre dans la commune avec le respect des libertés garanties par les lois. Les mesures de police que le maire d'une commune du littoral édicte en vue de réglementer l'accès à la plage et la pratique de la baignade doivent donc être adaptées, nécessaires et proportionnées au regard des seules nécessités de l'ordre public ». Et de conclure, après avoir constaté l'absence avérée d'atteinte à l'ordre public, que l'arrêté contesté a porté « une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle ».

(5) Il n'est pas possible de citer tous les participants et contributeurs qui ont fait partie de leurs expériences au fil des différentes réunions. Qu'ils soient ici remerciés.

(6) Une séance de restitution/débat a également eu lieu, au ministère des affaires sociales, le 22 janvier 2016.

(7) Ce texte se réfère aux travaux de l'AFDT pour les points I et II. Une version plus complète peut être consultée sur le site (www.afdt-asso.fr). Les quatre signataires assument seuls les positions prises et tout particulièrement les analyses du point III postérieures aux travaux du groupe.

(8) Pour de plus amples développements, on se référera aux écrits de Michel Miné, qui a participé aux travaux du groupe de l'AFDT, et tout particulièrement à son dernier ouvrage, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Larcier, coll. « Paradigme », 2016 (not. p. 287-326), avec une préface de J.-Y. Frouin.

(9) J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 6^e éd., LGDJ, 2015.

travail ou son emploi, en raison... de ses croyances »), Constitution du 4 octobre 1958 (« La France est une République... laïque... Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction... de religion. Elle respecte toutes les croyances »), loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations... À cette longue liste, il faut désormais ajouter l'article 2 de 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

Si la question de l'expression des croyances religieuses dans l'entreprise n'est pas nouvelle, elle se pose de manière renouvelée et avec plus d'acuité aujourd'hui qu'hier. Non pas nécessairement parce que les tensions y seraient désormais plus fortes – même si l'on ne peut *a priori* l'exclure (on se gardera d'une lecture du réel à travers le prisme du contentieux judiciaire) –, mais parce que ceux qui doivent apporter des réponses concrètes aux difficultés qui se posent (ou qui pourraient se poser... car l'inquiétude se fait en ce domaine souvent « prospective » ou « anticipatrice ») – sont en proie aux doutes (sur le droit applicable, sur la conduite à tenir), à la peur (celle, entre autres, d'être poursuivi pour discrimination) et sont en (re)quête de sécurité juridique¹⁰ (I). À cette entreprise d'*« auto-réglementation »* (négociée ou non), le droit positif fournissait, sous contrôle des juges européens (de Luxembourg et de Strasbourg), un cadre approprié et un support technique suffisant (II). Le législateur a fait le choix d'insérer, au titre des dispositions relatives au règlement intérieur un nouveau texte dans le Code du travail (article L. 1321-2-1)¹¹. Avec quelles conséquences? (III).

I. - « Ordre productif » et « ordre religieux »: tension(s)

De l'audition par le groupe de travail de l'AFDT des « acteurs de terrain », une idée s'est rapidement imposée avec force: en cas de tension entre « ordre productif » et « ordre religieux », le « bon fonctionnement de l'entreprise » doit servir de boussole. D'unique boussole? Si certains semblaient le penser, l'adhésion s'est largement (et tout aussi rapidement) faite autour de l'idée que cette approche devait être complétée (et parfois infirmée) par une dimension plus axiologique: c'est aussi dans le respect des valeurs républicaines (inscrites dans des droits et libertés fondamentaux) que la solution du conflit d'ordres doit être recherchée (la question du refus de serrer la main des collègues féminines, ou de travailler avec elles ou sous

leurs ordres, a été largement abordée sous cet angle). Conflit d'ordres qui est aussi un conflit de libertés puisque la liberté religieuse (dont la liberté d'exprimer publiquement ses convictions est une dimension essentielle) relève, évidemment, de cette catégorie « liberté fondamentale ». Conflit qui peut prendre diverses configurations contenues: liberté d'entreprise *versus* liberté religieuse, liberté religieuse *versus* égalité entre les femmes et les hommes...

Quelles sont les difficultés des acteurs de terrains et principalement de ceux qui, en première ligne, sont confrontés à la nécessité de répondre aux difficultés qui se présentent, à de nouvelles revendications des salariés (A) et dont il est attendu qu'ils les règlent sans compromettre l'activité productive de l'organisation (B)?

A. - Des revendications des salariés

À en croire l'enquête, réalisée par Odoxa pour l'association Cercle d'éthique des affaires (mai 2015), 48 % des personnes interrogées sont favorables à l'interdiction de « toute expression d'appartenance religieuse parce qu'il n'y a pas de place dans l'entreprise pour la religion ». La question religieuse semble néanmoins impacter assez faiblement la relation entre collègues de travail. En effet, « si 58 % des salariés déclarent connaître les pratiques religieuses de leur collègues de travail, ils sont 92 % à considérer de pas être gênés par ces pratiques. Pour 40 % des salariés, l'impact de cette pratique religieuse sur les rapports entre collègues et sur le travail est nul et pour 22 % positif »¹². Comme le note la précieuse enquête OFRE-Randstad d'avril 2015, « les collègues, la hiérarchie, etc. réagissent le plus souvent à la croyance et la pratique d'une personne, lorsqu'ils les connaissent, avec de l'indifférence, de la neutralité, voire de la bienveillance ou encore de l'échange et du partage autour des questions liées à la religion ». Plus surprenant peut-être, l'étude révèle que « le fait de prier pendant ses pauses est considéré par 75 % des personnes comme tout à fait admissible [sous certaines limites] et pour plus de 80 % des personnes, il est tout à fait légitime de demander une autorisation d'absence pour une raison liée à la religion (par exemple se rendre à une cérémonie) ». En revanche, « pour près de 60 % des personnes interrogées, il est normal que l'entreprise demande à un salarié qui porte habituellement des signes religieux visibles de les ôter s'il doit représenter l'entreprise dans une relation commerciale ou dans une situation de communication interne ou externe »¹³. D'ailleurs, 64 % des personnes interrogées se déclarent favorables à une interdiction des signes religieux visibles dans l'entreprise. Et les auteurs de l'étude OFFRE-Randstad de concluent:

(10) J.-E. Ray, « À propos d'une rébellion », Dr. soc. 2014. 4. D'après, l'enquête précitée OFRE-Randstad, « les managers attendent principalement des entreprises un cadrage de cette question de la prise en compte du fait religieux au travail. En revanche, ils sont très majoritairement opposés à une loi pour encadrer cette question ».

(11) « Localisation » et manière de procéder que l'on peut déjà juger un peu étrange... N'eut-il pas été plus judicieux d'enrichir le titre du Code – titre II du Livre 1^{er} de la première partie – consacré aux « Droits et libertés dans l'entreprise »?

(12) L'étude précitée OFRE-Randstad souligne cependant près d'un quart des personnes interrogées (22 %) pensent avoir été témoins de discrimination au travail liée à la pratique religieuse, 26 % des pratiquants pensent eux en avoir été victimes.

(13) En revanche, « refuser des tâches pour des motifs religieux n'est pas admissible pour plus de 78 % des personnes (90 % en 2014) ».

« les comportements ayant une dimension religieuse sont admis s'ils ne s'imposent pas aux autres, s'ils ne s'imposent pas à l'entreprise et s'ils ne gênent pas la bonne réalisation du travail ».

Les discussions du groupe de travail ont également mis en lumière une certaine indifférence des salariés à l'égard des convictions religieuses de leurs collègues, furent-elles ostensiblement affichées (à travers un vêtement par exemple). Seules les pratiques prosélytes semblent réellement poser problème. Dans certains cas, on constate cependant un agacement de certains salariés face à des aménagements consentis pour des raisons religieuses (octroi d'un jour de congé par exemple) – alors même que ces demandes d'aménagement trouvent de solides appuis sur les politiques de diversité initiées par les entreprises – y voyant une forme de « discrimination à rebours » à l'égard de ceux n'ayant point de religion déclarée (la religion comme motif de privilégiés). Agacement qui s'accuse lorsque les aménagements consentis aux uns pour raisons religieuses se traduisent pour les autres par un transfert de charge de travail. La neutralisation des motifs d'aménagement et le traitement des demandes à la seule aune du bon fonctionnement de l'entreprise (dès lors tout du moins qu'une valeur fondamentale n'était pas en cause) a semblé être une solution pragmatique de nature à apaiser les tensions/crispations et à éviter de rentrer dans un débat, miné, sur la réalité des convictions invoquées ou leur conformité aux dogmes officiels – lorsqu'ils existent – de la religion concernée.

Il a d'ailleurs été souvent souligné qu'il n'appartient pas à l'entreprise et à ses représentants de rentrer – et de se perdre – dans un débat théologique sur ce qu'impose ou non telle ou telle religion. Ce serait là commettre deux erreurs (sans bénéfice pour l'efficacité du traitement du dossier litigieux): acter que la religion est plus affaire de dogmes officiels que de croyance personnelle (débat difficile qu'il n'appartient pas à l'entreprise de trancher); s'ériger en juge de conformité, c'est d'abord et souvent choisir une école de pensée... L'entreprise, dont ce n'est pas l'objet, n'a aucune légitimité pour opérer un tel choix.

B. - Des attentes du management

Les managers (principalement ceux de proximité) sont en attente (forte) de réponses juridiques (comme guides pour l'action)¹⁴. À en croire certains¹⁵, l'entreprise devrait faire face aujourd'hui à une augmentation des revendications religieuses¹⁶. Dans une étude récente¹⁷, il a d'ailleurs été souligné « qu'en 2015, le fait religieux se manifeste avec plus d'intensité que par le passé: près d'un quart (23 %) des personnes interrogées déclare rencontrer régulièrement – de façon quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle – la question du fait religieux dans l'entreprise, (contre 12 % en 2014), soit une proportion deux fois plus élevée ». Reste que dans un grand nombre de cas¹⁸ les difficultés, lorsqu'elles existent, se règlent de façon amiable en interne.

Les auditions menées par le groupe n'ont pas démenti ce constat. La plupart des participants ont souligné que si des problèmes, finalement assez rares (bien plus en tout cas que l'exploitation médiatique du sujet pouvait le laisser penser), avaient pu être soulevés, ils avaient trouvé une issue satisfaisante pour le salarié en demande et pour l'entreprise dont l'activité n'avait pas été entravée par la solution trouvée.

Reste, comme le souligne le long exposé des motifs de la délibération (n° 2011-67) de la Halde le 28 mars 2011¹⁹, que les interrogations des « managers » – engagés par ailleurs, dans des politiques de diversité (dont l'identité religieuse fait partie)²⁰ – ne cessent, elles, d'augmenter. Et les pratiques d'entreprises d'osciller entre le « tout accepter », le « rien céder » ou le « débrouille-toi »²¹. Pour répondre au besoin de sécurisation exprimé par leurs équipes, un certain nombre d'entreprises ont ainsi édicté des « guides de bonnes pratiques » et des « chartes de bonnes conduites » (la plupart articulant données du droit positif – lois, extraits de décisions de justice – mises en situation pratique, F.A.Q.). Parfois, la mise en place de ces documents s'est accompagnée de formations, d'informations et de sensibilisation (essentiellement du personnel d'encadrement). Formations dont le groupe de travail a plusieurs fois souligné l'importance (retrouvant les recommandations n° 1, 4 et 6 du CESE²²).

(14) On remarquera cependant que 80 % des managers disent ne pas ressentir de malaise particulier sur les questions liées au fait religieux (enquête OFRE-Randstad, dans la version parue en mai 2013).

(15) Libération, 28 mai 2013; J. Colona, V. Renaux-Personnic, « Réflexions sur les arrêts récents de la chambre sociale de la Cour de cassation relatifs au port du voile islamique dans les entreprises », Gaz. Pal., 8 juin 2013, n° 159, p. 13.

(16) « Alors que traditionnellement – et à raison – l'employeur n'avait pas à connaître *a priori* la religion de ses employés, il est aujourd'hui placé face à des revendications religieuses [...] » affirme-t-on (First and 42nd, sur la gestion de la diversité religieuse en entreprise, déc. 2010).

(17) Le travail, l'entreprise et la question religieuse, Enquête réalisée par l'Observatoire du fait religieux en entreprise (OFRE) avec l'institut Randstad, 2015.

(18) « La part des répondants confrontés à des cas conflictuels et/ou bloquants augmente pour atteindre 6 % en 2015 (contre 3 % en 2014 et 2 % en 2013). Si l'on considère un panel plus restreint, celui des seules personnes ayant eu à gérer la question du fait religieux, la part des répondants confrontés à des cas conflictuels et/ou bloquants passe alors de 10 % en 2014 à 12 % en 2015 » (OFRE-Randstad, étude préc.).

(19) Sur ce texte, v. obs. P. Adam, RDT 2011, 314.

(20) Le monde.fr, 24 juin 2013.

(21) Haut Conseil à l'intégration, avis du 1^{er} sept. 2011 sur L'expression religieuse et la laïcité dans l'entreprise, p. 9.

(22) Recommandation n° 1: « Mieux faire connaître la règle de droit »; Recommandation n° 4: « Renforcer la mission d'accompagnement du Défenseur des droits en matière de lutte contre les discriminations y compris les discriminations religieuses »; Recommandation n° 6: « Former les managers et les représentants des salariés à la question du fait religieux dans l'entreprise ».

II. - « Ordre productif » et « ordre religieux »: solution(s)

À ce conflit, le droit positif offre, sous la forme de règles de non-discrimination d'une part, d'exigence de justification et de proportionnalité d'autre part, des outils de résolution permettant de mettre en lumière un cadre opératoire selon le consensus qui s'est progressivement dégagé au sein du groupe. Celui-ci a recensé quelques fils directeurs (A) et fait l'inventaire des situations les plus courantes (B).

A. - Des lignes directrices

Il a d'abord rappelé que la liberté religieuse est une liberté fondamentale dont l'exercice ne s'arrête pas à la porte de l'entreprise. L'employeur ne peut légitimement interdire toute expression religieuse dans l'entreprise (même si certaines, comme l'entreprise Paprec, l'ont pratiqué²³); il ne peut la limiter qu'à certaines conditions. L'entreprise privée ne relève pas de la sphère d'action publique et n'est ainsi pas soumise à une exigence de neutralité religieuse qui s'attache au régime de laïcité.

Il a aussi souligné qu'il serait utile, pour l'intelligibilité des débats, de mieux distinguer laïcité et neutralité. Si la liberté religieuse trouve place dans l'entreprise, c'est parce que la France est une République laïque. Laïcité et liberté (religieuse) ne s'opposent pas. La première englobe la seconde sans s'y réduire²⁴.

Tout n'est pas « négociable »: les lois impératives doivent être respectées (exemples: les règles en matière de santé et de sécurité au travail: visites médicales, port de protections individuelles, etc.; les règles de non-discrimination, le principe d'égalité, notamment à l'égard des femmes, etc.). La religion des salariés – comme celle

de l'employeur – ne saurait pas par exemple justifier une dérogation à la règle du repos dominical²⁵. Par ailleurs, l'employeur ne saurait mettre en avant la religion du salarié pour le priver du bénéfice d'un avantage conventionnel (par exemple, une prime de repas) auquel il peut normalement prétendre²⁶.

Il est encore trois limites à l'expression de la liberté religieuse qui ne semblent souffrir d'aucune discussion. La première est récente et résulte de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 (et ses circulaires du 2 et 31 mars 2011) sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public²⁷. Les deux autres, aux champs d'application plus étendus, sont liées à l'interdiction des comportements prosélytes²⁸ et aux exigences de sécurité²⁹.

Par ailleurs, les obligations qui découlent du contrat de travail doivent être exécutées. Rien ne semble interdire de contractualiser expressément les convictions religieuses du salarié. L'arrêt « du boucher musulman », rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 24 mars 1998, qui rappelle que les convictions religieuses ne peuvent pas permettre de refuser d'effectuer le travail auquel le salarié s'est engagé contractuellement, est clairement en ce sens³⁰. Cette « réserve de clause contractuelle » a d'ailleurs permis de justifier une absence d'un salarié embauché comme surveillant rituel dans un restaurant cacher au motif que « l'employeur était tenu contractuellement au respect de la loi juive »³¹. Mais cette invocation de la loi contractuelle ne doit-elle pas désormais céder devant la liberté religieuse ? Cette liberté n'autorise-t-elle pas le salarié à exiger de l'employeur un aménagement de ses conditions de travail, peu important qu'il trahisse les stipulations du contrat ? Cette thématique – celle des accommodements raisonnables³² – a été jugée centrale par le groupe de travail³³ (ne serait-ce que parce qu'elle charrie dans son

(23) D. Pitelet, « Osons interdire la religion en entreprise », Le monde.fr, 15 mars 2016.

(24) Contrairement à l'affirmation de la chambre sociale, ce n'est pas « le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution qui n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public » (Soc. 19 mars 2013, n° 11-28.845 AJDA 2013. 1069, note J.-D. Dreyfus; D. 2013. 962; *ibid.* 761, édito. F. Rome; *ibid.* 956, avis B. Aldige; *ibid.* 963, note J. Mouly; *ibid.* 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta; *ibid.* 2014. 1115, obs. P. Lokiec et J. Porta; AJCT 2013. 306, obs. J. Ficara; Dr. soc. 2013. 388, étude E. Dockès; *ibid.* 2014. 100, étude F. Laronze; RDT 2013. 385, étude P. Adam; *ibid.* 2014. 94, étude G. Calvès), mais l'exigence de neutralité qui en est l'un des aspects !

(25) Déjà... CE 26 juil. 1912.

(26) Le salarié ne saurait être privé de prime de repas au motif que les préceptes religieux interdiraient la prise de nourriture jusqu'au couche du soleil, Paris, 26 janv. 1990 (cité dans A. Pousson, « Convictions religieuses et activité salariée », in *Mélanges Despax*, 2002, p. 292); en revanche, le salarié ne peut prétendre à compensation pour un repas non pris pour un motif religieux (ramadan), v. Soc. 16 févr. 1994, n° 90-46.077, RJS 4/1994, n° 407; v. aussi 30 janv. 2001, n° 00-40.805, D. 2002. 3049, obs. C. Willmann.

(27) Crim. 5 mars 2013, n° 12-80.891, Bull. crim. n° 54; D. 2013. 710; *ibid.* 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin; AJ pénal 2013. 400, note P. de Combles de Nayves; Dr. pénal 2014 chron. n° 3, note E. Bonis-Garçon: loi compatible avec le droit de la CEDH, en ce « qu'elle vise à protéger l'ordre et la sécurité publics ».

(28) Pour une infirmière qui tenait de fervents discours religieux à ses patients et leur recommandait incantations et prières, v. Versailles, 6 déc. 2012, n° 11/02076; 23 janv. 1998, n° 95/9736; Nancy, 30 juin 2006, n° 04/1847; Toulouse, 9 juin 2007, n° 09/97; 21 mai 2008, n° 07/01305: acte de prosélytisme: comportement d'une assistante maternelle témoin de Jéhovah qui avait fait participer l'enfant dont elle s'occupait à ses rites et activités de démarchages et l'avait amené à des réunions de prières; v. aussi, CEDH 25 mai 1993, *Kikkokinak c. Grèce*; CE 19 févr. 2009, n° 311633, Lebon; AJDA 2009. 340; AJFP 2009. 253, concl. B. Bourgeois-Machureau, note D. Bailleul.

(29) CEDH 15 janv. 2013 (*Chaplin*, n° 59842/10): admet que l'interdiction de port d'une croix chrétienne faite à une infirmière soit justifiée par un objectif de protection de la santé de la sécurité dans le milieu hospitalier et était donc proportionnée au but recherché; Grenoble, 8 déc. 2010, n° 10/00194: opérateur de chaîne de conditionnement de produits destinés au secteur de la santé dont la barbe nuisait à l'efficacité de son masque de protection.

(30) Soc. 24 mars 1998, préc.

(31) Paris, 25 mai 1990, D. 1990. 596, note J. Villacèque.

(32) Sur cette notion, L. Joly, *L'emploi des personnes handicapées entre discrimination et égalité*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2015; L.-P. Lampron, *La hiérarchie des droits: convictions religieuses et autres droits fondamentaux au Canada*, P.I.E. Peter Lang, coll. « Diversitas », 2012.

(33) On notera d'ailleurs que, sans surprise, cette question fut sans doute celle qui a été la plus débattue lors de la restitution orale des travaux du groupe le 22 janvier 2016.

sillage les critiques les plus fortes de « dérives communautaristes »). Et si dans le passé la Cour de cassation (pas seulement sa Chambre sociale) a pu se montrer, au nom du contrat, peu enclue à accepter de tels aménagements, une telle position est-elle encore tenable ? La notion de bonne foi et celle de discrimination indirecte ne se conjuguent-elles pas pour offrir écrins à leur essor en droit positif ? Au-delà de l'approche juridique de cette question (à propos de laquelle il est difficile, sinon impossible, de faire taire les divergences), il est apparu que nombre d'entreprises pratiquent déjà (sans le savoir ou sans les nommer ainsi) des accommodements raisonnables au titre des « bonnes pratiques » (menus des restaurants d'entreprise, autorisations d'absences, aménagement des horaires, etc.). Mais les vertus de ces pratiques « volontaires » résisteraient-elles à leur transformation en obligations juridiques ?

L'article L. 1121-1 du Code du travail, lu à la lumière des textes et de la jurisprudence européens, apparaît comme la clé de voûte de la conciliation nécessaire entre « ordre productif » et « ordre religieux ». Liberté comme les autres – parmi les autres –, la liberté religieuse doit relever du même traitement juridique que toutes les autres. De ce traitement, l'article L. 1121-1 du Code du travail, texte à vocation doublement générale (de par « l'étendue » des relations de travail qu'il couvre; de par les droits et libertés qu'il régit), est le cœur. Il n'est cependant pas une baguette magique dont il suffit de prononcer à haute voix l'énoncé pour que, par enchantement, le litige trouve remède, dès lors que l'essence même du texte légal réside dans sa souplesse et son adaptabilité aux situations diverses. De cette difficile recherche d'équilibre – où les éléments de contexte jouent un rôle important – entre liberté d'expression des convictions religieuses et fonctionnement « normal » de l'entreprise, plusieurs décisions des juges du fond portent témoignage³⁴.

B. - Des éléments de réponse.

Le groupe de travail a ainsi mis en exergue les fils directeurs qui peuvent servir de guides dans la recherche de la conciliation nécessaire des normes et des intérêts en jeu. La liberté religieuse peut être limitée lorsqu'elle se confronte aux règles d'hygiène et de sécurité, à l'exécution normale du contrat de travail, à la prohibition des discriminations, à l'interdiction du prosélytisme et à l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, en ce qu'il représente la mise en œuvre de l'objet social de l'entreprise.

Ces quelques fils directeurs peuvent certainement permettre d'apporter des réponses concrètes aux cinq situations que le groupe de travail a identifiées comme étant celles auxquelles l'encadrement est le plus souvent confronté³⁵.

1. - Temps de travail

Ici sont concernées des demandes de congés, de pauses ou d'aménagements d'horaires pour raisons religieuses. Si la demande formulée peut être satisfaite sans nuire au collectif, il doit y être fait droit. À défaut, la décision appartient à l'employeur qui a en charge l'organisation de la collectivité de travail. Le critère dominant devrait alors être la bonne organisation de l'activité et non la nature de la demande. S'il faut arbitrer entre plusieurs demandes, l'opinion majoritaire est que l'arbitrage doit se faire selon des critères objectifs (date des demandes, tirage au sort) et non à partir d'une priorisation selon la motivation de la demande³⁶. Toutefois, il faut prendre garde à la discrimination : le refus ne doit pas, même inconsciemment, être en lien avec le motif de la demande. Il en résulte que l'employeur doit être en capacité d'expliquer ses critères de choix et veiller malgré tout à ce que les refus ne visent pas toujours les mêmes personnes, alors même que le critère aurait une apparence d'objectivité³⁷.

2. - Nourriture

L'aménagement des repas

La question ne peut être résolue par des normes générales. Beaucoup d'entreprises pratiquent déjà une politique d'aménagements raisonnables : dans la mesure du possible, les menus sont adaptés aux contraintes alimentaires (pas nécessairement dues à des raisons religieuses) exprimées par les salariés. Pratique d'aménagements que développent les entreprises, non pas parce qu'elles s'y croient obligées juridiquement, mais parce qu'elles y voient un moyen de satisfaire la diversité des goûts de leurs salariés. Pour le dire autrement, elles le font parce qu'elles le peuvent (et y trouvent intérêt en terme d'anticipation et de gestion des conflits), non parce qu'elles le doivent (ou croient le devoir).

La question demeure : le doivent-elles en contemplation du droit positif ? Le groupe n'a point formulé de réponse de principe. Le contexte (le salarié est-il tenu, au regard des contraintes de son activité, de prendre son repas sur place ou peut-il rentrer chez lui ?), le (sur)coût (supportable ou exorbitant), la mise à disposition d'un lieu où réchauffer son repas sont sans doute des éléments

(34) P. Adam, « Dieu, la caissière et le temple des marchands », Sem. soc. Lamy, 10 nov. 2014, n° 1651, p. 10.

(35) L'étude précitée OFRE-Randstad révèle que, comme en 2014, les faits les plus fréquemment rencontrés par les personnes interrogées sont des demandes d'absence pour fêtes religieuses (19 %). Le port ostentatoire d'un signe religieux gagne en importance et se place cette année en seconde position des faits les plus rencontrés (17 %, contre 10 % en 2014). Viennent ensuite, par ordre décroissant de fréquence, les demandes d'aménagement du temps de travail, la stigmatisation d'une personne en raison de ses croyances et pratiques, la prière pendant les pauses ou le temps de travail, le refus de travailler avec une femme (sous sous ses ordres), le prosélytisme, le refus de réaliser des tâches pour motifs religieux.

(36) Dans l'étude précitée OFRE-Randstad, 90 % des personnes interrogées pensent que les demandes pour motifs religieux qu'elles doivent être traitées comme de simples demandes individuelles.

(37) Exemple donné par un inspecteur du travail : un employeur, saisi de plusieurs demandes de congés un jour de fête religieuse, décide de tirer au sort... parmi l'ensemble des salariés de l'atelier, y compris ceux ne demandant pas à bénéficier de ce jour de congé.

à prendre en compte. À tout le moins, le groupe a jugé qu'il n'était pas possible d'évacuer d'un simple revers de main une telle obligation.

Le jeûne

Le jeûne a été examiné sous l'angle de la sécurité pour le salarié lui-même, pour ses collègues ou encore, dans certaines circonstances, pour des clients ou des usagers. Là aussi (par exemple dans le BTP), des accommodements sont souvent généralement trouvés: affectation temporaire à un autre poste sans risque de chute ou exigeant un degré d'attention ou de concentration moindre. Encore faut-il évidemment que de tels postes existent... Encore faut-il également que l'employeur soit informé de la situation du salarié.

Et sur le plan du droit? Peut-on exiger d'un salarié affecté à un poste sensible (à fort degré de dangerosité), sur le fondement de l'obligation de sécurité dont il est également débiteur³⁸, qu'il informe son employeur qu'il pratique le jeûne? On ne saurait l'exclure. Doit-on imposer à l'employeur, informé, d'affecter provisoirement le salarié à un poste moins exposé au nom de son obligation de sécurité de résultat³⁹? On peut le soutenir. Mais que décider lorsqu'aucun poste de substitution ne pourra être proposé au salarié (faute d'exister ou d'être disponible)? L'employeur pourra-t-il interdire au salarié de venir travailler et pratiquer, légitimement, un abattement de salaire égal à la durée de son absence?

3. - Apparence

Au-delà de l'affaire *Baby Loup* (fort spécifique par la nature des activités de la salariée en cause et du public « sensible » – des enfants en bas âge – accueilli par la structure qui l'employait), le point de « résistance » principal a paru être aux membres du groupe la protection de l'image de l'entreprise, celle qui est véhiculée par ceux qui travaillent pour elle en rapport avec les attentes (réelles ou supposées) de la clientèle. Ici se pose la question de l'apparence (physique ou vestimentaire) du – de la – salarié(e), interrogation qui est au centre de l'affaire déjà citée « SA Micropole Univers ». L'employeur doit-il céder aux demandes de son client désireux de ne travailler qu'avec des salariés « religieusement neutres »? Peut-il anticiper ce qu'il croit être les attentes légitimes de sa clientèle et limiter la liberté du salarié d'exprimer ses convictions religieuses ou doit-il, pour ce faire, rapporter la preuve de l'existence d'un trouble caractérisé lié au comportement religieusement marqué du – de la – salarié(e)? La doctrine est divisée; les juges du fond aussi; le groupe de travail ne l'a pas moins été.

La décision rendue par la Chambre sociale le 9 avril 2015 (*v. supra*) ne met pas un terme à la question de

savoir si les exigences d'un client peuvent justifier des restrictions à une tenue vestimentaire liée à la pratique d'une religion. Dans l'attente de la réponse apportée par la CJUE à la question qui lui a été posée, le groupe a considéré (à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits d'homme):

- qu'il n'y a pas lieu, en principe, d'apporter des restrictions à la tenue vestimentaire pour des raisons purement économiques. Toute autre solution engagerait sur une pente fort dangereuse où la dignité de l'homme pourrait finir par être mise en balance avec les intérêts commerciaux de l'entreprise;
- que des restrictions peuvent, en revanche, être justifiées pour des raisons d'hygiène et de sécurité;
- que la question se pose différemment dès lors que l'entreprise a opté pour le port d'un uniforme devant la clientèle (image de marque de l'entreprise);
- d'aucuns ont également fait suggestion, sans en ignorer les difficultés, de distinguer deux situations: celle où l'apparence du salarié est partie intégrante de la prestation vendue et celle où elle ne l'est pas. Dans le premier cas, par exemple, lorsque l'entreprise vend une prestation de luxe – c'est-à-dire plus qu'un produit, une image –, le/la salarié(e) doit se conformer dans son comportement et son apparence à cette image. Voilà qui pourrait justifier qu'une marque de vêtements, qui s'adresse à des jeunes filles et porte un message de liberté et d'émancipation, puisse interdire à ses salarié(e)s tout signe religieux émettant un message contraire... Dans le second cas, toute limitation à la liberté de se vêtir (sous réserve de prescriptions légales spécifiques), au nom des intérêts commerciaux de la société, serait interdite (sous réserve peut-être d'un éventuel trouble caractérisé). La qualité de la cafetière vendue ne dépend pas de la manière de se vêtir de celui qui la vend; pas plus que n'en dépend la qualité du conseil informatique délivré par un consultant... Il est vrai qu'une telle proposition pourrait, en l'état, mal s'accorder avec une certaine manière de comprendre la notion unioniste (fondée sur l'article 4 paragraphe 1 de la Directive 2000/78), de « condition d'exercice de l'activité professionnelle ».

4. - Comportements du salarié

Certains comportements du salarié, en lien avec ses convictions religieuses, posent des difficultés au sein de la collectivité de travail. Il s'agit principalement des comportements qui conduisent à considérer les collègues féminines différemment (refus de serrer la main, refus d'autorité, etc.). La tension, apparemment nouvelle, entre respect des convictions religieuses et principe d'égalité entre les femmes et les hommes est souvent évoquée comme particulièrement complexe. Les fils directeurs ci-dessus énoncés (respect de l'hygiène et de la sécurité,

(38) C. trav., art. L. 4122-1.

(39) Soc. 7 juill. 2016, n° 15-10.546.

exécution normale du contrat de travail, fonctionnement normal du service) ne répondent que partiellement à ces situations. Au-delà, ce sont les notions générales de non-discrimination, voire de respect de la dignité, qui légitiment une réponse disciplinaire, voire pénale, lorsque les comportements, prétendument liés à des convictions religieuses, violent le respect élémentaire de l'égalité entre les êtres humains⁴⁰.

Mais, au-delà, faut-il ériger la « paix sociale » comme motif de limitation de l'expression religieuse? Proposition (législative) en a été (plusieurs fois) faite. *De lege lata*, on pouvait en douter. Doutes qui ont rapidement gagné le groupe. Que la manifestation ostensible – même non prosélyte – d'une appartenance religieuse puisse causer un trouble social (le contraire de la paix sociale) est une évidence... Et sans doute, l'employeur doit-il pouvoir rapidement mettre fin à cette délétère situation. Nul ne l'a contesté. Pour autant, cette discorde trouve raison au carrefour, à l'interaction, de la manifestation religieuse et de la réaction hostile qu'elle suscite. Si le salarié qui exprime, sans prosélytisme, ses convictions religieuses exerce une liberté fondamentale, en quoi cet exercice porte-t-il atteinte aux intérêts et droits d'autrui? Chacun reste libre d'en penser ce qu'il souhaite! La pression des préjugés ne saurait habiliter l'employeur à faire ployer, sous son pouvoir, une liberté fondamentale. Voilà la position qui s'est dégagée de notre groupe de travail.

5. - Prosélytisme

L'avis unanime, qui en rejoints bien d'autres, est que le prosélytisme – ce que n'est pas *en soi* le port d'un voile⁴¹ ou la manifestation d'une expression religieuse quelconque – ne peut pas être toléré au sein de l'entreprise. Cependant, la question est de savoir quelles règles mobiliser pour l'empêcher, voire sanctionner le salarié qui le pratique. L'affirmation générale selon laquelle, les libertés des uns doivent être respectées à condition de permettre la vie en collectivité et de ne pas gêner la liberté de conscience des autres, justifie l'interdiction ferme de ces pratiques et leur éventuelle sanction.

III. - « Ordre productif » et « ordre religieux »: évolution(s)

Depuis la fin des travaux du groupe, deux éléments sont intervenus: l'adoption du nouvel article L. 1321-2-1 par la loi précitée du 8 août 2016 (A) et la transmission à la Cour de justice de l'Union européenne de questions ayant trait aux conditions des restrictions aux libertés religieuses en entreprise (B).

A. - L'introduction dans le Code du travail d'une disposition relative au règlement intérieur

En proposant d'inscrire dans les principes généraux du droit du travail un principe sur la liberté de conviction du salarié, la commission « chargée de définir les principes essentiels de droit du travail »⁴², dite commission Badinter, a ouvert la brèche à une nouvelle polémique.

L'article 6 de ces principes affirme que « la liberté du salarié de manifester ses convictions, y compris religieuses, ne peut connaître de restrictions que si elles sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché ». Une rédaction proche de celle de l'article L. 1221-1 du Code du travail, qui rappelle à la fois que la liberté religieuse est un principe dans les entreprises privées, où ne s'applique pas l'exigence de neutralité imposée à l'État, aux collectivités publiques et à leurs personnels, mais également le fait que cette liberté religieuse n'est pas absolue, des restrictions pouvant lui être apportées pour protéger les libertés d'autrui ou le bon fonctionnement de l'entreprise.

Le simple rappel de l'existence de la liberté, de principe, du droit du salarié de manifester ses convictions y compris religieuses, a choqué. C'est pourtant un droit fondamental consacré par le droit européen et constitutionnel (*v. supra*). Peut-on revenir sur ce droit fondamental et, au-delà de la sanction des abus et comportements excessifs, imposer en entreprise une stricte neutralité? Ce n'est pas l'option prise par la loi « Travail » du 8 août 2016 (précitée), probablement par crainte (justifiée à notre sens) de la censure du Conseil constitutionnel ou du juge européen. Le nouvel article L. 1321-2-1 du Code du travail réaffirme les conditions habituelles posées à la restriction des libertés individuelles: « 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 ». L'innovation « technique », qui consiste à se référer à un possible « principe de neutralité », paraît somme toute mineure et d'aucuns la jugeront même plus « incantatoire » « qu'opératoire ». Ce texte risque cependant d'entraîner de nouveaux et passionnés débats... Louons-le pourtant pour avoir visé, justement, l'exigence de neutralité plutôt que celle, impropre dans ce contexte, de laïcité. Improbable d'abord parce qu'instituer une règle de laïcité (qui agence liberté religieuse et neutralité selon des « espaces » privés/publics) dans l'entreprise n'aurait pas eu, à propre

(40) L.-P. Lampron, « Quand la liberté de conscience et de religion entre en conflit avec le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes: un état du droit canadien », 2006 (rapport commandé par le Conseil québécois du statut de la femme).

(41) CE 27 nov. 1996, n° 169522, AJDA 1995. 644, concl. R. Schwartz.

(42) G. Dumortier, L. Pécaut-Rivolier, « Naissance des principes essentiels du droit du travail », RDT 2016. 79.

ment parler, de sens (*v. supra*). Impropre ensuite, parce que le texte vise les convictions... sans adjectif, toutes les convictions. La laïcité, elle, ne concerne que celles qui relèvent de l'ordre du religieux. Le texte nouveau, s'il habilite, à certaines conditions, l'encadrement des croyances religieuses, ne se limite pas à elles⁴³. Reste que certains estiment néanmoins que cet article L. 1321-2-1 fait bouger les lignes habituelles et, ce faisant, fait naître une forte ambiguïté qui pourrait conduire à de nouveaux contentieux⁴⁴. À tout le moins peut-on espérer que la pratique et la jurisprudence sauront maintenir l'équilibre qui était celui du droit positif jusqu'alors.

B. - La liberté religieuse et les contraintes économiques devant la Cour de justice de l'Union européenne

Dans son arrêt du 9 avril 2015, la Cour de cassation française⁴⁵ a saisi la CJUE d'une question préjudicielle : « les dispositions de l'article 4, § 1, de la directive 78/2000/CE doivent-elle être interprétées en ce sens que constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, le souhait d'un client d'une société de conseils informatiques de ne plus voir les prestations de service informatiques de cette société assurées par une salariée, ingénieur d'études, portant un foulard islamique » ? Dans cette affaire, l'employeur faisait valoir, de façon assez classique, que le refus de la salariée d'ôter son voile mettait en danger la situation économique de l'entreprise en lui faisant prendre le risque de perdre un important client.

Dans des conclusions du 13 juillet 2016, l'avocate générale auprès de la CJUE, Eleanor Sharpston, a considéré que le licenciement de la salariée qui avait refusé d'enlever son voile constituait une discrimination directe, dès lors qu'il n'était pas établi que le port du voile pouvait l'empêcher d'accomplir normalement ses fonctions. « Du fait de sa religion, Mme B. a été traitée de manière moins favorable, puisqu'un autre ingénieur d'études qui n'aurait pas choisi de manifester ses croyances religieuses n'aurait, lui, pas été licencié », a-t-elle ainsi estimé.

Il est vrai que peu de temps auparavant, dans une affaire renvoyée par la Cour de cassation belge⁴⁶, une autre avocate générale, Mme Kokott, avait considéré, retenant une autre conception (*v. infra*) de la discrimination (dont il est affirmé, sans véritable fondement, qu'elle pourrait être à géométrie variable selon que sont en cause des caractéristiques inséparables de la personne ou l'exercice d'une liberté), que l'interdiction faite à une

travailleuse de religion musulmane de porter au travail un foulard islamique « ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion, dès lors que cette interdiction s'appuie sur un règlement général de l'entreprise interdisant les signes politiques, philosophiques et religieux visibles sur le lieu de travail [...]. Dans un tel cas, il n'y a en effet pas de traitement moins favorable fondé sur la religion ». Certes, est-il relevé, « l'interdiction en cause pourrait constituer une discrimination indirecte fondée sur la religion, mais cette discrimination pourrait être justifiée pour mettre en œuvre, dans l'entreprise concernée, une politique légitime de neutralité fixée par l'employeur en matière de religion et de convictions, pour autant que le principe de proportionnalité soit respecté ». Et c'est évidemment sur le terrain de la justification possible de la discrimination que l'analyse de l'avocate générale retient d'abord l'attention. Travail de justification qui doit se faire, selon elle, sous une double lumière : 1°) celle de l'essence même de l'article 4 de la directive 2000/78 qui légitimerait la mise en balance de la discrimination avec les intérêts commerciaux de l'entreprise (mais elle admet tout de même que l'entreprise « ne peut toutefois pas céder aveuglément et sans considération à n'importe quelle exigence ou manifestation de volonté des tiers »⁴⁷); 2°) celle de la liberté fondamentale d'entreprise en vertu de laquelle une certaine marge d'appréciation doit être laissée à l'employeur. Ainsi éclairée, Mme Kokott considère la règle de neutralité instituée par le règlement de l'entreprise en cause comme un objectif légitime. En effet, cette politique de neutralité s'imposerait « naturellement » – cette « nature » n'est, à vrai dire, qu'artifice rhétorique – au regard de l'activité de l'entreprise, de la diversité de ses clients et de leur volonté légitime, à l'une et aux autres, de protéger leur image. Et l'avocate générale de dérouler ensuite son argumentaire de façon quelque peu tautologique : la neutralité imposée à la salariée est *appropriée* pour atteindre l'objectif légitime de l'entreprise, c'est-à-dire la neutralité de son image (et de celle de ses clients). Il est en effet difficilement contestable qu'imposer la neutralité est approprié pour obtenir la neutralité... Il est tout aussi compliqué de douter qu'elle est *nécessaire* pour atteindre le même objectif ! Mais, l'argumentation, intelligemment déployée, ne repose-t-elle pas (entre autres critiques possibles) sur une caricature ? Certes, comme la France l'a souligné, on peut admettre « qu'il convient d'éviter que des personnes extérieures aient l'impression qu'il existe un lien entre les convictions politiques, philosophiques ou religieuses qu'une travailleuse affiche par sa tenue vestimentaire et

(43) Même si ce sont bien elles que le législateur – qui use ici de la même technique de diversion que celle déjà utilisée pour l'adoption de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 sur l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public – avait en vue et qui en constitueront le terrain privilégié de mobilisation.

(44) En ce sens, le communiqué commun de l'Observatoire de la laïcité et de la commission nationale consultative des droits de l'homme du 19 juill. 2016.

(45) Soc. 9 avr. 2015, n° 13-19.855, D. 2015. 1132, note J. Mouly; RDT 2015. 405, obs. M. Miné; RDT eur. 2016. 374-18, obs. B. de Clavière.

(46) L'affaire C-157/15, *Samira Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV*.

(47) D'ailleurs, comme l'a justement rappelé Michel Miné (RDT 2015. 405), dans ses observations sous l'arrêt du 9 avril 2015 de la chambre sociale de la Cour de cassation, « selon les définitions des directives, une discrimination directe peut également se manifester à travers une injonction de discriminer » (dir. 2000/78, art. 2 par. 4). Solution reprise par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 (art. 1^{er}, 3^e al., 2^o).

l'entreprise G4S ou avec un des clients de celle-ci, voire que ces convictions puissent leur être attribuées ». Mais n'est-ce pas là un peu rapide de soutenir que le client pensera être dans un supermarché hallal parce que la caissière qui lui fait payer ses achats porte un voile? Quant au contrôle de proportionnalité (la mesure prise ne doit pas causer d'inconvénients démesurés à ceux qui la subissent), l'affaire est délicate et (pour une large part)... nationale. Une importante marge d'appréciation doit être laissée à l'État selon madame Kokott, ce qui ne l'empêche point de souligner qu'en l'espèce, l'exigence de neutralité imposée par l'employeur ne porte pas atteinte de manière excessive aux intérêts légitimes des travailleuses concernées. En effet, constate-t-elle, « alors qu'un travailleur ne peut pas « laisser au vestiaire » son sexe, sa couleur de peau, son origine ethnique, son orientation sexuelle, son âge ni son handicap dès qu'il pénètre dans les locaux de son employeur, on peut en revanche attendre de lui une certaine retenue pour ce qui concerne l'exercice du culte au travail, que ce soit en matière de pratiques religieuses, de comportements motivés par la religion ou, comme en l'espèce, de tenue vestimentaire. L'étendue de la retenue qui peut être attendue d'un travailleur dépend de l'examen global de tous les éléments pertinents du cas d'espèce »⁴⁸. Où l'on retrouve l'éigmatique distinction⁴⁹ entre ce qui est inséparable de la personne et ce qui n'est que la manifestation d'une liberté, donc d'une décision volontaire (que l'individu peut prendre ou ne pas prendre)⁵⁰.

On le voit, dans ces deux affaires pendantes devant la Cour de Luxembourg, c'est sur le terrain de la discrimination et de ces justifications possibles que les questions sont posées. Mais dire qu'il y a (ou non) discrimination (directe ou indirecte) et/ou que cette discrimination est justifiée par une exigence professionnelle et déterminante (ou par la protection des droits et libertés d'autrui), est-ce nécessairement dire que l'atteinte constatée à la liberté en cause est, elle aussi, légitime? Non pas. En effet, et quelle que soit la manière dont on appréhende la notion de discrimination, il faut reconnaître que la prohibition des discriminations et la protection des libertés individuelles fondamentales ont chacune leur espace conceptuel propre. Soit on considère, à l'instar de l'avocate générale Kokott, que la discrimination suppose, pour être caractérisée, que l'individu concerné par le motif interdit fondant la décision qu'il critique soit « traité de manière moins favorable » et, dans ce cas, il faut relever que toute atteinte à une liberté n'entraîne pas nécessairement une discrimination directe

ou indirecte. Soit on estime qu'une mesure est discriminatoire dès lors qu'elle est fondée sur un critère prohibé et dans ce cas, si toute atteinte à une liberté paraît relever de la notion de discrimination, il n'empêche qu'entre l'une et l'autre, un « écart de régime » reste possible, l'ordre juridique pouvant attacher à chacune des règles de justification différentes. Pour le formuler autrement, l'atteinte à la liberté doit être contrôlée, encadrée, limitée, indépendamment de son éventuel rattachement à la catégorie « discrimination ». L'article L. 1121-1 du Code du travail n'est pas simple doublon de l'article L. 1132-1 du même Code. L'un n'est pas le miroir de l'autre. Entre eux cependant, il est des voies de communication.

En tout état de cause, il semble peu probable que la CJUE modifie sa jurisprudence traditionnelle, affirmant le caractère fondamental de la liberté religieuse en entreprise, pour des motifs tenant aux exigences de la clientèle. Dans le droit fil de ses arrêts, elle devrait vérifier si le port du voile a pu, ou non, empêcher la salariée d'accomplir ses fonctions dans des conditions normales. Il est vrai qu'on imaginera mal, rejoignant les conclusions de l'avocat général Poiates Maduro dans l'affaire Feryn⁵¹, que les exigences de la clientèle puissent légitimer des comportements qui seraient habituellement considérés comme discriminatoires. Comment imaginer que la dignité de certains puisse céder, avec l'aval du droit, face aux intérêts commerciaux et marchands des autres! C'est pourtant sur cette pente dangereuse que pourraient conduire les conclusions de Mme Kokott.

L'entreprise peut-elle – doit-elle – être instituée en espace religieusement neutre? Le doyen Waquet, il y a près de 15 ans, le pensait⁵². Mais ce temps, (dé)passé, était celui du triomphe du contrat et de la liberté (religieuse) modeste. Les temps ont changé et le boucher du magasin d'alimentation de détail⁵³ s'est effacé derrière une directrice adjointe d'une crèche et une ingénierie informatique. Liberté fondamentale, la liberté religieuse doit être garantie, même dans l'entreprise, mais cette protection ne va pas sans limites. Au droit de les fixer et d'instituer, autour de quelques exigences fondatrices (respect de la dignité humaine, prohibition de la discrimination, égalité entre les femmes et les hommes, liberté d'entreprendre), un juste équilibre. L'art des limites est un art noble et délicat... À chacun, à sa place, avec plus de raison que de passion, d'y contribuer. C'était l'ambition modeste de l'AFDT, dans le respect des opinions diverses qui s'y expriment.

(48) Pour un commentaire croisé de ces deux affaires, N. Moizard, dans cette revue, p. XXX.

(49) Distinction dont on peut peiner à saisir le fondement. Pour nombre d'individus la religion est partie intégrante de leur identité... dont il est difficile de prétendre qu'elle est élément détachable de la personne.

(50) Mme Kokott relève que « la pratique religieuse relève cependant moins d'une donnée indissociable de la personne que d'un aspect de sa vie privée, sur lequel le travailleur concerné peut de surcroît volontairement influer ».

(51) CJCE 10 juill. 2008, aff. C-54/07, D. 2008. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt; RSC 2009. 197, obs. L. Idot.

(52) 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'hommage de J.-M. Verdier, Dalloz, 2000.*

(53) Soc. 24 mars 1998, n° 95-44.738, D. 1998. 114; Dr. soc. 1998. 614, obs. J. Savatier.