



Université
de Lille

Année universitaire 2021-2022

LE FAIT RELIGIEUX
EN ENTREPRISE

Mémoire de recherche pour l'obtention du Master 2 droit du travail présenté par :

Monsieur BOUDERBA Sullyman

Sous la direction de Monsieur le Professeur BOSSU Bernard

REMERCIEMENTS

J'adresse mes plus sincères remerciements à Monsieur le Professeur Bernard BOSSU. Ses judicieux conseils et son analyse ont été essentiels dans la réalisation de ce présent mémoire. Nos échanges durant ce travail de recherche ainsi que son enseignement ont contribué à alimenter ma réflexion. Qu'il trouve ici, l'expression de ma plus haute considération.

Mes remerciements vont également à Maeva CARON-THERAGE qui occupe une place importante dans mon parcours universitaire. Elle m'a partagé sa passion pour le droit du travail à travers sa pédagogie, sa bienveillance et nos échanges de qualité. Qu'elle trouve ici l'expression de ma gratitude.

Je tiens à adresser mes sincères remerciements à tous les professeurs, intervenants du Master droit social ainsi que l'équipe pédagogique et administrative qui, par leurs précieux conseils ont guidé mes réflexions durant mes recherches.

Je tenais à remercier plus personnellement mes proches pour leur soutien infaillible tout au long de mes études. Je vise ici tout particulièrement mes parents pour m'avoir toujours encouragé. Sans eux, rien n'aurait été possible.

Je remercie mes proches avec qui j'ai traversé ces années et qui ont toujours été là pour moi. J'ai une pensée attentionnée pour Jérôme et son soutien inébranlable malgré les difficultés parfois rencontrées. Je pense aussi à Margot, avec qui j'ai partagé ces longues années d'études. Je remercie mes camarades et amis, Anaïs, Anouar, Julie, Lucie et Sarah.

Enfin, je remercie Emma pour ses précieux conseils et tous ceux qui ont contribué de près ou de loin à l'accomplissement de ce mémoire.

ABRÉVIATIONS

Aff.	Affaire
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull.	Bulletin
Cass.	Cour de cassation
CE.	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
<i>Cf.</i>	<i>confer</i>
Chap.	Chapitre
Civ.	Chambre civile
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Com.EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Crim.	Chambre criminelle
Délib.	Délibération
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (1789)
Dir.	Sous la direction de
Dr. Ouv.	Droit ouvrier
Dr. Soc.	Droit social
éd	édition
etc.	<i>Et cetera</i>
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gr. Ch.	Grande chambre
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Id.</i>	<i>idem</i>

JCP S	La semaine juridique Social
J.O.R.F	Journal officiel de la République française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
p.	page(s)
préc.	Précité(e)
pt.	Point
PUAM	Presses universitaires d’Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDT	Revue de droit du travail
RDT Europ	Revue trimestrielle de droit européen
Rec.	Recueil
Ref.	Référence
Req.	Requête
s.	et suivant(es)
Soc.	Chambre sociale
t.	tome
Vol.	Volume

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	2
ABRÉVIATIONS	3
INTRODUCTION.....	6
PARTIE I : LA LIBERTÉ RELIGIEUSE : UNE LIBERTÉ CONFORTÉE	19
CHAPITRE I : L’AFFIRMATION DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DES SALARIÉS.....	20
CHAPITRE II : LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DES SALARIÉS	46
CONCLUSION INTERMÉDIAIRE.....	71
PARTIE II : LA LIBERTÉ RELIGIEUSE : UNE LIBERTÉ LIMITÉE	73
CHAPITRE I : L’INTÉGRATION DE LA NEUTRALITÉ RELIGIEUSE.....	74
CHAPITRE II : LA DISSONANTE GESTION DU FAIT RELIGIEUX EN DROIT	99
CONCLUSION	128
BIBLIOGRAPHIE	133
TABLE DES JURISPRUDENCES	142
TABLE DES MATIÈRES	146

INTRODUCTION

1. « On trouve dans le passé, on trouverait même aujourd'hui des sociétés qui n'ont ni science, ni art, ni philosophie, mais il n'y a jamais eu de sociétés sans religion »¹. Certes, l'anthropologie et l'histoire démontrent que chaque société élabore sa structure selon des croyances collectives au rang desquelles figure la religion alors même que la nécessité sociale de la religion est difficile à établir. Pour Freud, il est nécessaire de revenir sur le rôle du phénomène religieux dans la construction humaine. Plus exactement, Freud écrivait au sujet de la religion, qu'« *il faut envisager tout ce qu'elle entreprend de donner aux hommes ; elle les éclaire sur l'origine et la formation de l'univers, leur assure, au milieu des vicissitudes de l'existence, la protection divine et la béatitude finale, enfin elle règle leurs opinions et leurs actes en s'appuyant ses prescriptions de son autorité* »². Karl Marx quant à lui considère la religion comme « *le soupir de la créature opprimée, l'âme d'un monde sans cœur, comme elle est l'esprit des conditions sociales d'où l'esprit est exclu. Elle est l'opium du peuple* »³. En somme, la religion permettrait, au prolétariat, de mieux supporter les inégalités sociales et de surmonter les conditions de vie pénibles. Autrement dit, la religion aurait un effet anesthésiant en garantissant une forme de *statu quo*. Quoiqu'il en soit, l'idée que la religion prend une place centrale dans les sociétés est partagée.

2. L'observatoire de la laïcité s'est saisi le 29 mai 2018 de la thématique de la visibilité et de l'expression religieuse dans l'espace public en France. Au sortir de cette étude, il ressort que « *si l'augmentation de la visibilité et de l'expression religieuse ne concerne que certains croyants de toutes les religions, elles donnent une impression plus générale de regain du religieux* »⁴. L'observatoire de la laïcité explique cette visibilité en raison notamment d'une « signalétique

¹ BERGSON (H.), *Les deux sources de la morale et de la religion*, PUF, 1997 p. 115.

² FREUD (S.), *Nouvelles conférences sur la psychanalyse*, Gallimard, 1989, p.

³ MARX (K.), *Pour une critique de la philosophie du droit de Hegel*, 1982 [1844], in *Œuvres*. III. Philosophie, Paris, éd. Gallimard, coll. p. 383.

⁴ Observatoire de la laïcité, *Étude sur la visibilité et l'expression religieuses dans l'espace public en France*, 10 juillet 2019, p. 2.

visant à capter l'attention des pouvoirs publics et/ou de l'opinion ». Autrement dit, les nouveaux modes d'expressions religieuses répondraient à un besoin d'affirmation identitaire. Pour Franck Frégosi, la visibilité dans l'espace public des religions est « *le redéploiement des religions, et non pas d'une seule en particulier, dans une société profondément sécularisée, dont une bonne part de ses membres confrontée à la montée de l'incertitude par rapport à demain (écologique, économique, sociale et politique), aurait pris le pari d'user du religieux comme d'un refuge sécurisant* »⁵.

3. Relégué à la sphère privée, le fait religieux pénètre de manière croissante le débat public. En effet, il n'est pas rare, depuis quelques années, de voir porter au-devant de la scène publique et politique, la question de la religion. Le 11 octobre 2019, Julien Odoul, élu du Rassemblement National, demande publiquement à une femme d'enlever son voile au nom de la République et de la « laïcité » alors que celle-ci accompagnait un groupe d'enfant venu assister à la séance plénière du conseil régional de Bourgogne-Franche-Comté. Encore, la polémique sur le voile de Maryam Pougetoux, vice-présidente de l'union nationale des étudiants de France (UNEF) en raison de son apparition sur M6 sur un mouvement étudiant a suscité un déferlement de haine. À cet égard, selon Marlène Schiappa, l'apparition en public serait la « promotion d'un islam politique » et constituerait une violation du « *principe de laïcité auquel doit s'astreindre notre Assemblée* » disait Pierre-Henri Dumont, député du Pas-de-Calais (LR). La question du voile dans l'espace public interroge. En effet, elle occupe le débat public dès les années 1980 corrélativement à une visibilité accrue de l'islam en France due à une immigration massive sur le territoire français. Ainsi, le travailleur immigré, venu « *vendre sa force de travail en priant discrètement dans les caves disparaît progressivement lorsqu'à la faveur du regroupement familial, femmes et enfants s'installe durablement sur le sol français* »⁶ en reconnaissant une identité collective affichée. Plus généralement, depuis plusieurs années, les problématiques liées aux questions religieuses ont envahi les discours politiques et médiatiques.

⁵ *Idem.* p. 19.

⁶ MOHSEN-FINAN (K.), et BERTOSSI (C.), « *Le débat public confessionnalisé* », *Confluences Méditerranée*, vol. 57, n°2, 2006, p. 131.

4. À l'aune des élections présidentielles 2022, le débat public se cristallise autour de la religion et plus spécifiquement de la place de l'islam en France. La question religieuse, à travers le *halal* à l'école ou dans les restaurants d'entreprise, la mise en vente d'un voile sportif par décathlon, les arrêtés anti-burkini en été 2016 ou encore les écoles confessionnelles dénoncées par certains reportages médiatiques, ne cesse de rebondir dans l'espace public réveillant les craintes et les incertitudes. Ainsi, la place de la religion dans la société ne concerne plus uniquement les lieux où l'application de la laïcité ne fait aucun doute, mais plus largement toutes les strates et lieux de la société. Le voile devient alors « *un abcès de fixation des fantasmes huntingtoniens* »⁷ allant jusqu'à s'interroger sur la compatibilité de l'islam avec la République française. Plus exactement, certains candidats à l'élection présidentielle considèrent que « *l'islam est tout à fait aux antipodes des valeurs républicaines* ».

5. Alors, dans un contexte sécuritaire, au lendemain des nombreux attentats qui frappent le monde, la « *laïcité cesse d'être un principe émancipateur pour se prêter à des usages répressifs et parfois discriminatoires* »⁸ justifiant ainsi la montée de l'islamophobie en France. Utilisé pour qualifier la discrimination à l'égard des personnes en raison de la religion islamique, le terme islamophobie permet d'appréhender la structure des rapports sociaux actuels au regard de la religion. Cette discrimination, basée sur une identité communautaire stéréotypée et subissant un amalgame prééminent, réveille les consciences.

6. Il en résulte que ces dernières années, la laïcité, d'inspiration libérale issue de la loi de 1905 a progressivement perdu de sa prééminence au profit d'une conception étroite et défensive visant à contenir l'expansion de l'islam dans l'espace public. Pourtant, le terme de « laïcité » s'est développé au XIXe et plus précisément en 1871 à propos de l'enseignement public, sur le fondement de l'adjectif « laïc » qui signifie ce « qui n'est ni ecclésiastique, ni religieux ». Néanmoins, lorsqu'il s'agit de définir la laïcité, l'exercice s'avère être périlleux dès lorsqu'aucune définition unanime est établie et dont le concept a reçu des acceptations diverses. Définir cet édifice, pourtant bâti sur un socle solide nécessite d'en analyser les contours. Pour Ernest Renan, la laïcité renvoie à un « *État neutre entre les religions, tolérant pour tous les cultes et forçant*

⁷ DUBOIS (J.P.) et EL YAZAMI (D.), « *Jihad, liberté et laïcité* », in NORDMANN (C.) (dir), *Le Foulard islamique en question*, Paris, éd. d'Amsterdam, 2004, p. 389.

⁸ SALAS (D.), « La laïcité, le dévoiement sécuritaire », *Les cahiers de la justice*, 2018/3 n°2 p. 392.

l'Église à lui obéir sur ce point capital»⁹. Pour René Capitant, il s'agit « *d'une conception politique impliquant la séparation de la société civile et de la société religieuse, l'État n'exerçant aucun pouvoir religieux et les Églises, aucun pouvoir politique* ». En somme, la laïcité semble être définie par rapport au principe de neutralité de l'État. D'ailleurs, le Doyen Cornu définit la laïcité comme étant « *la neutralité de la république procédant de la séparation des Églises et de l'État* »¹⁰. Cette neutralité étatique à l'égard des religions semble alors être le point de rassemblement, au-delà des divergences. Plus exactement, l'État doit entretenir un certain retrait à l'égard de l'ensemble des croyances et dogmes définissant le rapport de l'Homme avec le sacré.

7. La religion constitue en une croyance relative à un ordre divin impliquant des règles de vie et éventuellement des pratiques rituelles, propre à une communauté ainsi déterminée¹¹. La religion, *stricto sensu*, ne fait pas l'objet d'une définition précise en ce qu'elle ressort du for intérieur de l'individu. Elle relève de sa propre croyance. Toutefois, l'absence de définition précise de la religion engendre une confusion. Celle de l'appréhension des sectes notamment. Il est évident que la méfiance à l'égard des sectes apparaît très tôt sur la scène internationale alors même que tous les groupements religieux bénéficient d'une égale garantie des droits reconnus par les textes. D'ailleurs, la Commission européenne n'a jamais fait référence au terme de secte en préférant le terme d'association ou de groupement¹². La question est d'autant plus délicate que l'État, eu égard au principe de laïcité ne s'immisce pas dans les cultes et par voie de conséquence, dans les convictions sectaires qui demeurent protégées¹³.

8. Il a fallu attendre la loi n°2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales pour que soit mise en place, plusieurs stratégies de neutralisation des groupements sectaires. L'article 1^{er} énonce qu'il est possible de dissoudre toute personne morale, quelle qu'en

⁹ Réponse au discours de réception de Louis Pasteur à l'Académie française, 27 avril 1882.

¹⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2006, p.526.

¹¹ Centre national de ressources textuelles et lexicales La religion, [En ligne], consulté le 25 mars 2022 : <https://www.cnrtl.fr/definition/religion>.

¹² GEST (A.) et GUYARD (J.), *Les sectes en France*, Rapport n°2468, Assemblée Nationale, 1995, p.54.

¹³ SÉRIAUX (A.), SERMET (L.), et VIRIOT-BARRIAL (D.), *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, p. 53.

soit la forme juridique ou l'objet qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités. Plus largement, la loi fait référence à plusieurs infractions pénales applicables en la matière. Ainsi, « *nul ne peut se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes édictées par la loi pénale* »¹⁴.

9. Au-delà des groupements sectaires, l'État participe au mouvement religieux, par une intervention dans certaines pratiques religieuses. C'est le cas en interdisant parfois, telle que l'excision qui est une mutilation génitale pratiquée dans différentes communautés religieuses. Ce rite, qui consiste en une ablation du clitoris et parfois des petites lèvres sur des mineures et jeunes femmes, est notamment réprimé par les articles 222-9 et 222-10 du Code pénal. Ainsi, l'obligation de neutralité de l'État à l'égard des religions et des pratiques religieuses connaît une certaine limite dans la pratique. En ce sens, Jean Rivero écrivait à ce sujet que « *ce mot sent la poudre ; il éveille des résonances passionnelles contradictoires ; (...) le seuil du droit franchi, les disputes s'apaisent ; pour le juriste, la définition de la laïcité ne soulève pas de difficulté majeure ; des conceptions fortes différentes ont pu être développées par des hommes politiques (...) mais une seule a trouvé place dans les documents officiels ; les textes législatifs, les rapports parlementaires qui les commentent, les circulaires qui ont accompagné leur mise en application ont toujours entendu la laïcité en un seul et même sens, celui de la neutralité de l'État* »¹⁵. Le régime de la laïcité a été défini par la loi du 9 décembre 1905, texte présenté comme la clé de voûte du principe de laïcité.

10. C'est par la loi du 9 décembre 1905 qui adopte le principe de séparation de l'église et de l'État soit dans un contexte conflictuel entre les cléricaux et les laïques. La séparation des Églises et de l'État est, pour l'Église catholique un drame considérant ainsi, le retour à la « déchristianisation révolutionnaire »¹⁶. En effet, la loi de 1905 intervient dans un contexte où la montée des passions anticléricales et anti congréganistes se développe progressivement. Si ladite

¹⁴ Cass, crim., 26 octobre 2016, n°15-85.956.

¹⁵ RIVERO (J.), « La notion juridique de la laïcité », *Rec. Dalloz*, 1949, chronique. XXXIII, p. 137.

¹⁶ GASTALDI (N.), « La loi de séparation du 9 décembre 1905 et sa mise en œuvre », *Histoire par l'image* [en ligne], consulté le 15 février 2022. URL: <http://histoire-image.org/fr/etudes/loi-separation-9-decembre-1905-sa-mise-oeuvre>.

loi constitue une rupture révolutionnaire entre la Nation et la religion, remettant en cause l'ordre ancien, pour Aristide Briand, il s'agit d'une loi d'équilibre.

11. En premier lieu, l'esprit de la loi de 1905 est annoncé dès son article 1^{er} « *la République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* ». Ainsi, la république assure la liberté de conscience. En second, la loi de 1905 détermine le principe de séparation des églises et de l'État. L'article 2 de la loi de 1905 dispose que « *la République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte* », mettant ainsi fin au concordat.

12. La promulgation de la loi du 9 décembre 1905, mise un terme à un régime de concordat dans lequel la France traverse depuis le 26 messidor an IX. Le 15 juillet 1801, Napoléon Bonaparte, Premier Consul, et le pape Pie VII reconnaissent le culte catholique comme « *religion de la grande majorité des français* »¹⁷. Pour autant, Napoléon avait préservé plusieurs acquis de la Révolution comme la liberté de conscience reconnue par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, l'institution de l'état civil séculier, la reconnaissance de la pluralité religieuse, le régime favorisait le culte catholique et son influence. La consécration constitutionnelle du principe de laïcité est intervenue par la Constitution de 1946 puis par la Constitution du 4 octobre 1958 dont l'article 1^{er} dispose que « *La France est une République, indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances* ». Si l'État est neutre, il convient de préciser que pèse sur lui, des obligations positives. L'État garantit l'exercice du culte et de la liberté religieuse. En effet, la religion n'est pas niée en ce qu'elle s'organiser librement dans la société civile.

13. Cette nécessaire neutralité de l'État, à savoir son indifférence aux affaires religieuses, pénètre ses activités d'intérêt général. En effet, la qualification de service public est soumise au respect des critères fondamentaux, les « lois de Rolland » dont la neutralité serait une application du principe d'égalité. « *La neutralité est la loi commune de tous les agents publics dans l'exercice*

¹⁷ Préambule du traité du 26 messidor an IX.

de leur service »¹⁸. Alors, la neutralité des agents du service public serait alors une valeur essentielle permettant d'assurer la confiance des usagers dans l'institution. En effet, l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 dispose en son alinéa second que « *dans l'exercice de ses fonctions [le fonctionnaire] est tenu à l'obligation de neutralité*¹⁹ ». Principe aujourd'hui codifié à l'article L.121-2 du Code général de la fonction publique. Par conséquent, les pratiques religieuses des agents publics sont reléguées à la sphère privée. Ainsi, le fait de refuser une absence d'un agent d'un service public dont la présence est nécessaire pour le fonctionnement normal du service public, ne porte pas une atteinte manifestement illégale à la liberté de pratiquer sa religion²⁰.

14. Il est à noter, que le salarié d'une entreprise privée en charge d'un service public est soumis aux mêmes règles que le fonctionnaire en ce domaine. En effet, la Cour de cassation est venue préciser que les principes de neutralité et de laïcité du service public s'appliquent à l'ensemble des services publics, quand bien même, ceux-ci sont assurés par des organismes privés « *du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires* »²¹. Tel n'est pas le cas des entreprises privées qui n'ont pas la charge d'un service public²². Consacrée depuis longtemps²³, l'obligation de neutralité des agents publics est justifiée par l'exigence d'impartialité du service public. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a salué le principe de neutralité de l'État appliqué aux services publics²⁴.

15. Le fait religieux a, depuis longtemps pénétré la relation de travail privée. À cet égard, la formule du Pape Pie XI résume la doctrine sociale chrétienne en matière de participation des ouvriers : « *les ouvriers et employés sont appelés à participer de quelques manières à la propriété*

¹⁸ RIVERO (J.), *op. cit.* p. 137.

¹⁹ Article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 modifiée relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

²⁰ CE., 16 janvier 2004, n°264314, *Ahmed X c/ OPHLM de Saint Dizier*.

²¹ Cass, soc., 19 mars 2013, n°12-11.690.

²² Cass, soc., 19 mars 2013, Bull. civ. V, n°75, Dr. Ouvr. 2013 p.580.

²³ CE, 3 mai 1950, n°28238, *Demoiselle Jamet*.

²⁴ CEDH, 26 novembre 2015 *Ebrahimian*, req. n°64846/11, §§ 64 à 67.

de l'entreprise, à sa gestion ou aux profits qu'elle apporte »²⁵. Encore, Léon Harmel considérait dès le XIXe siècle que l'employeur pouvait « *établir des prières communes avant et après le travail ou telles pratiques religieuses qu'il croit utiles au bien des âmes* »²⁶. La question de l'expression d'une conviction religieuse dans l'entreprise privée n'est donc pas nouvelle. Mais par-delà ces quelques situations, les entreprises doivent faire face plus généralement à une diversité de revendications sur le lieu de travail. Les demandes faites à l'employeur concernant des congés, d'aménagements du temps de travail et des tâches à effectuer pendant une période de jeûne ou à l'occasion d'une fête religieuse et les attitudes à l'égard de certains collègues en raison du sexe²⁷, les exigences religieuses ne cessent de se développer.

16. Pourtant, si le phénomène religieux connaît aujourd'hui un reflux certain au regard du contexte politique et sécuritaire actuel, le droit du travail a entretenu un lien étroit avec la religion. Entre la coïncidence des jours fériés ou chômés et les fêtes chrétiennes ou encore le repos dominical qui signifie littéralement le repos qui appartient au seigneur conformément à la Bible. Aujourd'hui, si le contrat de travail n'a pas pour objet de faire entrer la religion dans le champ de la relation de travail, il n'en demeure pas moins que l'irruption des libertés individuelles dans l'entreprise a inscrit une évidente conciliation.

17. « *S'il est certainement vrai que l'objectif central d'une société à but lucratif est de gagner de l'argent, le droit des sociétés moderne n'exige pas de ces sociétés, qu'elles fassent passer la recherche du profit aux dépens de toute autre activité et beaucoup d'entre elles ne le font pas* »²⁸. La solution de la Cour suprême des États-Unis raisonne alors comme la consécration de l'entreprise de tendance sur le fondement de la finalité même de l'entreprise. En ce sens, la notion d'entreprise

²⁵ Pie XI (1931), *Quadragesimo anno*, <https://www.doctrine-sociale-catholique.fr/les-textes-officiels/196-quadragesimo-anno>, §72.

²⁶ SAVATIER (J.), « 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, Dalloz, 2001, p. 457.

²⁷ ADAM (I.), et REA, (A.), (dir.), *La diversité culturelle sur le lieu de travail*, Septembre 2010 *institute for european studies*, ULB Bruxelles 2010, P.98.

²⁸ Cour suprême des États-Unis, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* (2014). (cit. et traduit par J. Morri, « une pilule dure à avaler : La cour suprême des États-Unis consacre l'entreprise de tendance à but lucratif », *La revue des droits de l'homme [en ligne]*, 2014, <http://revdh.revues.org/871>).

de tendance, comme tout concept de droit, n'a de sens que par les effets spécifiques qui lui sont attachés²⁹ en ce qu'elles sont des entreprises identitaires.³⁰ La notion même d'entreprise de tendance a été précisée par l'arrêt *Babyloup*. Dans sa solution du 25 juin 2014, la Cour a jugé « surabondant, les motifs de l'arrêt qualifiant l'association *Babyloup* d'entreprise de conviction, dès lors que cette association avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques ». Pour autant, elles concernent majoritairement les entreprises de convictions. En témoigne la directive du 27 novembre 2000³¹ dont l'article 4.2 dispose que « *le cas des activités professionnelles d'églises et d'autres organisations publiques ou privées, dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* » autorise « *une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation* ». À cet effet, la directive va au-delà des convictions religieuses dans son considérant 24 en précisant que cela concerne « *le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles* ». Ainsi, les entreprises de tendance ayant un aspect religieux peuvent justifier des exigences d'engagement à l'égard du salarié et par conséquent, une expression qui ne soit pas en contradiction avec l'orientation de l'entreprise.

18. Au lendemain de l'affaire *Babyloup*, une partie de la doctrine proposait de considérer la laïcité comme une « tendance » induisant alors une neutralité découlant de la nature de l'entreprise. Alors, il serait possible que la religion elle-même soit appropriée par les entreprises comme étant une conviction. Au-delà des entreprises de tendance, il y a des cas où l'expression religieuse porte atteinte aux libertés d'autrui et compromette la bonne marche de l'entreprise. À ce titre, la notion de trouble objectif permet d'appréhender une problématique aux contours juridiques incertains. En effet, l'employeur est le garant de la paix sociale dans l'entreprise. Toute perturbation de cette paix

²⁹ CHRISTIANS (L.), *Les religions et le droit du travail*, Regards croisés, d'ici et d'ailleurs, éd. Bruylant 2017, p. 253.

³⁰ En ce sens, CEDH, 23 septembre 2011 n°425/03 *Obt c/Allemagne*, §44, D. 2011. 1637, chron. J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

³¹ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

constitue un trouble objectivement établi. Ce trouble ouvre la voie, pour l'employeur, à la sanction³².

19. À cet égard, la Cour de cassation est venue préciser, par un arrêt de principe, l'arrêt *Dame Roy c. Institution Sainte-Marthe* que si le droit est un système laïc et qu'un manquement à une règle religieuse, telle que le mariage, ne pouvait pas, en principe, constituer le fondement d'une faute pouvant justifier le licenciement sauf à créer une situation incompatible avec « la bonne marche » de l'entreprise et ce, peu important que le trouble ait pour cause la violation d'une règle religieuse³³. Quoiqu'il en soit, l'employeur doit établir l'existence d'un trouble objectif causé à l'entreprise et non une simple crainte d'un trouble non réalisé³⁴. Dès lors que l'expression d'une conviction religieuse peut provoquer un trouble au bon fonctionnement de l'entreprise, c'est qu'elle peut, en principe impliquer l'entreprise elle-même.

20. Il convient de rappeler à ce stade que l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen dispose que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses* ». D'ailleurs, cette liberté de conscience s'accompagne inévitablement par une libre communication des pensées et des opinions conformément à l'article 11 de ladite déclaration. Pourtant la mise en perspective de l'obligation de neutralité pesant sur agents du service public vers les salariés du secteur privé amorcée par l'arrêt *Baby loup*³⁵ interroge. D'abord, car la liberté de croyance et de manifestation des convictions religieuses est la règle. Ensuite, car il était impensable que les exigences de neutralité des agents publics justifiées par l'égalité devant le service public ne pussent s'étendre aux entreprises du secteur privé. D'ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue écarter le « principe de laïcité », qui s'entend alors comme le principe de neutralité, du champ des entreprises privées qui n'ont pas la charge d'un service public. Cette position a d'ailleurs été confirmée par l'assemblée plénière. Néanmoins, dans sa décision du 25 juin 2014, l'assemblée plénière a ouvert une brèche aux restrictions de l'expression religieuse dans l'entreprise à certaines conditions.

³² ANTONMATTEI (P.-H), « Le licenciement pour trouble objectif », *Dr. Soc.* 2012, p.10.

³³ Cass, ass. Plén. 19 mai 1978, n°76-41.211 *Dame Roy c. Institution Sainte Marthe*.

³⁴ CA, Paris, 10 juin 2003, n°03-30212 *Téléperformance*.

³⁵ Cass, soc., 19 mars 2013, préc.

21. Compte tenu des réactions suscitées par l'affaire *Babyloup*, le législateur a alors pris le contrepied par la loi du 8 août 2016 et l'introduction d'un nouvel article L.1321-1 au sein du Code du travail. Le principe de « neutralité » dans la relation de travail est donc extrêmement récent. Jusque-là et comme le précise le haut conseil à l'intégration, l'expression des convictions religieuses dans l'entreprise était « *très insuffisamment encadrée de façon spécifique par des textes de loi et règlements, si ce n'est par une jurisprudence circonstanciée et une directive communautaire. Aucun accord des partenaires sociaux, notamment à travers des conventions collectives, n'a à ce jour abordé la question de l'expression religieuse dans l'entreprise* »³⁶.

22. Ainsi, il semblait nécessaire de repenser l'intervention législative. L'absence d'encadrement légal de l'expression religieuse dans l'entreprise a engendré une hausse des sollicitations de l'employeur pour exercer librement la religion à travers de nombreuses demandes relatives à l'absence, à l'adaptation du poste de travail, par exemple. À ce titre, la jurisprudence est constante sur la question, peu important le motif, toute absence non autorisée du salarié ou injustifié justifie le licenciement³⁷.

23. Au sein de la loi du 8 août 2016, le législateur reprend pour l'essentiel les travaux dégagés par la commission chargée de définir les principes essentiels de droit du travail, la commission dite « Badinter » de 2016 et dont l'article 6 autorise l'employeur à encadrer « *la liberté du salarié de manifester ses convictions y compris religieuses, [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* ». À l'occasion du vote de la loi, Antoine Lyon-Caen est venu regretter que « *le principe de neutralité que nous créons, varierait d'une entreprise à l'autre. À partir d'une bonne idée, je crains que nous n'aboutissions à une cacophonie complète. Nous créons un monstre juridique : une neutralité religieuse dont la définition changerait selon les entreprises* »³⁸. En effet, les restrictions à la liberté religieuse étaient déjà appréhendées par les textes antérieurement à la loi du 8 août 2016 et notamment à l'article

³⁶ Haut conseil à l'intégration, *Expression religieuse et laïcité en entreprise*, Avis, 2011, p.11.

³⁷ POUSSON (A.), « Convictions religieuses et activité salariée », in *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, PUSS Toulouse, 2002, p.305.

³⁸ Audition d'Antoine Lyon-Caen par la commission des affaires sociales, Assemblée nationale. V.C. Siruque, Rapport Assemblée nationale, n°3909, 30 juin 2016, p. 40.

L.1121-1 du Code du travail. En ce sens, l'article 2 de la loi du 8 août 2016 constitue une « *“innovation” “technique”, qui consiste à se référer à un “principe de neutralité”, paraît somme toute mineure et d’aucuns la jugeront même plus “incantatoire” “qu’opératoire”* »³⁹.

24. Quoiqu'il en soit, l'article L.1321-2-1 du Code du travail rompt avec la conception du règlement intérieur telle qu'héritée des lois Auroux de 1982. Pour rappel, la loi du 4 août 1982 avait pour ambition de faire, par le règlement intérieur, respecter les droits et libertés des personnes ainsi que le principe de non-discrimination dans l'entreprise. Principe aujourd'hui inscrit à l'article L.1321-3 du Code du travail.

25. Ainsi, la loi travail ouvre la faculté pour l'employeur d'étendre son pouvoir disciplinaire et réglementaire en imposant aux salariés de l'entreprise, une obligation de neutralité. Cette loi conduit alors à créer un marché de l'emploi à deux vitesses « *où cohabitent deux types d'entreprises : celles hospitalières à la manifestation des convictions, et celles qui ne le sont pas* »⁴⁰ renforçant ainsi, les discriminations dans l'accès à l'emploi déjà existantes⁴¹. Pour preuve, une étude menée par l'institut Montaigne démontre que la discrimination religieuse à l'embauche est une réalité. À ce titre, il est à noter que les musulmans pratiquants sont discriminés par rapport aux juifs pratiquants, eux-mêmes discriminés par rapport aux catholiques pratiquants. Plus précisément, l'étude démontre que la probabilité des catholiques pratiquants d'être contactés par un recruteur pour un entretien d'embauche est supérieure de 30% à celle de leurs homologues juifs et de 100%, et donc deux fois plus fortes, par rapport à celle des musulmans pratiquants⁴². Si ces discriminations sont par nature fondées sur des stéréotypes et préjugés sur la religion, il ne sera

³⁹ ADAM (P.), LE FRIANT (M.), PÉCAULT-RIVOLIER (L.), et TARASEWICZ (Y.), « La religion dans l'entreprise - L'art (difficile) des limites », RDT, 2016, p. 532.

⁴⁰ WOLMARK (C.), « Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs ? » Dr. Ouvrier, Avril 2017, n°825., p. 227.

⁴¹ Rappr. MOREAU (S.), « What is discrimination ? », *Philosophy & Public Affairs* 38, n° 2, p. 143 ; E. Sharpston, concl., 13 juillet 2016, aff. C 188/15, spéc. n° 71 : la discrimination « *prive injustement [la victime] d'options valables. Partant, la capacité de cette personne de mener une vie autonome se trouve gravement compromise puisqu'un aspect important de son existence est déterminé non par ses propres choix, mais par les préjugés d'un autre* ».

⁴² VALFORT (M-A.), *Discriminations à l'embauche : une réalité*, Institut Montaigne, Octobre 2015, p. 27.

pas nécessaire ici, d'insister sur la vigueur et la rigueur du principe de non-discrimination à l'embauche ou encore en emploi.

26. Ce reflux du religieux dans les entreprises est en marche. Il constitue ainsi une rupture symbolique avec la conception moderne des droits et libertés au travail. Cette position invite à faire le point sur l'état du droit actuel de la religion dans les entreprises privées. Plus exactement, il s'agira de s'interroger sur les marges de manœuvre dont dispose l'employeur pour restreindre l'expression des convictions religieuses dans l'entreprise et par conséquent, de savoir si la liberté religieuse s'exprime pleinement dans l'entreprise.

27. L'entreprise est aujourd'hui confrontée à la montée d'une expression des convictions religieuses se traduisant par le port de signe ostentatoires d'appartenance religieuse ou encore par les revendications des travailleurs afin de concilier l'exercice de leurs activités professionnelles avec leur foi.

28. Pourtant, si cette manifestation côtoie d'autres libertés dans l'entreprise, la religion constitue indéniablement une liberté fondamentale qui s'exprime au temps et au lieu de travail. Au rang de liberté fondamentale, cette liberté se trouve protégée dans l'entreprise (Partie 1). En effet, la liberté de conscience et de l'exprimer constitue une liberté reconnue à toutes les religions. Néanmoins, cette liberté conduit les entreprises à une gestion parfois plus délicate dans la gestion de l'expression religieuse. Alors, il s'agira de revenir sur les conditions dans lesquelles les employeurs sont admis à restreindre l'expression religieuse dans l'entreprise (Partie 2).

PARTIE I : LA LIBERTÉ RELIGIEUSE : UNE LIBERTÉ CONFORTÉE

29. Aspect important de la liberté de conscience⁴³, la liberté religieuse est au cœur du débat public qui est d'ailleurs souvent l'objet de vives discussions. Pourtant, le religieux semble perdre de son influence. Entre 1981 et 2018, la part des français qui disent « croire en Dieu » a baissé de 62% à 50%⁴⁴. Ce mouvement de sécularisation s'observe à travers l'Europe. Parallèlement à cette baisse d'influence, le fait religieux en entreprise occupe le devant de la scène politique et médiatique. Quoiqu'il en soit, le principe de la liberté de religion est une liberté affirmée par de nombreux textes. D'ailleurs, l'affirmation de cette liberté constitue assurément un truisme dès lors que « *le fait que les pensées sont libres avant qu'elles soient exprimées ne veut pas dire que la protection de cette liberté soit superflue* »⁴⁵. En conséquence, la liberté religieuse revêt plusieurs formes mais toutes, sont protégées (Chapitre 1) et bénéficie à ce titre, d'une protection d'une importance particulière (Chapitre 2).

⁴³ Conc, const., 21 février 2013, n°2012-297 QPC.

⁴⁴ BRECHON (P.), et al. *La France des valeurs, quarante ans d'évolution*, Presses universitaires de Grenoble, 201

⁴⁵ FROWEIN (J.-A.), *Article 9 § 1*, in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Economica 2^e éd. 1999, p. 353s., spécialement p. 354.

CHAPITRE I : L’AFFIRMATION DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DES SALARIÉS

30. L’analyse du fait religieux en entreprise se caractérise par une diversité d’approche qui illustre la complexité des rapports et enjeux soulevés par le droit et la religion. Pour le comprendre, il convient de revenir sur l’affirmation de cette liberté dans les différentes sources du droit (Section 1). La liberté religieuse, en tant que liberté fondamentale, bénéficie aux salariés dans l’entreprise. Cette reconnaissance fut accompagnée par l’avancée des droits et libertés au travail (Section 2).

Section 1- La caractérisation de la liberté religieuse

31. La liberté de religion est l’un des droits les plus anciens. Au cœur de conflits et incidents sanglants qui opposent des groupes et des communautés, se réclamant de telle ou telle religion, l’actualité internationale pullule de conflit identitaire. Encore, la religion est parfois invoquée pour légitimer la violence. La religion est particulièrement présente dans la scène médiatique internationale. À cet égard, la relation de travail n’est pas imperméable à ce phénomène. Plus exactement, pour comprendre le phénomène religieux en entreprise, il convient de revenir sur l’essence même de cette liberté (I) et d’en analyser sa portée dans toutes ses dimensions (II).

I. L'avènement de la liberté de religieuse comme liberté fondamentale

32. À s'en tenir à la conception positive de la laïcité, l'exercice du culte est garanti comme un droit fondamental de la personne. Ainsi, il n'est pas inutile de rappeler que de nombreux textes internationaux, européens et nationaux protègent la liberté religieuse (A) qui couvre un champ large et personnel tant elle ressort du for intérieur de la personne humaine (B).

A. La garantie du libre exercice du culte dans l'espace public

33. « *Non seulement la République ne saurait opprimer les consciences ou gêner, dans ses formes multiples, l'expression extérieure du sentiment religieux, mais encore [...] elle entend respecter et faire respecter la liberté de conscience et la liberté des cultes* »⁴⁶. La laïcité à la française consacre ainsi le respect des cultes et du libre exercice du culte. La liberté de pensée, de conscience et de religion est un droit fondamental, consacré par de nombreux textes nationaux, internationaux et européens.

34. Sur le plan interne, le premier texte sur la liberté de conscience est l'Édit de Nantes promulgué le 13 avril 1598 par lequel Henri IV souhaite que « *ceux de la religion vivent en paix en [son] royaume. Il est temps que nous tous, saouls de guerre, devenions sages à nos dépens* ». Cet édit entend apaiser les tensions entre les religions existantes dans le royaume. Pour autant, la Révolution française demeure le renouveau d'une tolérance religieuse. Cet état d'esprit nouveau qui imprègne les révolutionnaires trouve immédiatement une consécration au sein de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

35. Cette liberté établie par l'article 10 est corroborée par l'article 2 qui proclame que chacun peut se prévaloir de tous les droits proclamés dans la déclaration, sans distinction aucune, notamment de religion. Afin de garantir le libre exercice du culte, la Constitution du 24 juin 1793 dispose en son article 7 que « *le droit de manifester sa pensée et ses opinions, soit par la voie de*

⁴⁶ BRIAND (A.), Chambre des députés, 4 mars 1905.

presse, soit de tout autre manière, le droit de s'assembler paisiblement, le libre exercice des cultes, ne peuvent être interdits. La nécessité d'énoncer ces droits suppose ou la présence ou le souvenir récent du despotisme ». En somme, la liberté de conscience est pleinement consacrée. Si la France est une République Laïque, elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, pour reprendre les termes de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958

Dans sa conception libérale, le principe de laïcité tel qu'il est prévu par les dispositions interne est conforme aux principes européens et internationaux.

36. Sur le plan européen, l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Ci-après : CESDH) et l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantissent les libertés de pensée, de conscience et de religion. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme caractérise la liberté de conscience comme étant « *une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention* »⁴⁷. En effet, l'article 9 de la Convention est l'un des textes phares lorsqu'il s'agit de s'intéresser des libertés de pensée. L'alinéa premier dispose que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté 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* ». Au regard de la convention, la liberté religieuse se composerait de deux éléments, à savoir, la liberté de conscience ou de pensée qui relève du for intérieur et la liberté de manifester sa conviction religieuse, qui relève quant à elle, du for extérieur de l'individu. En adhérant à la Convention européenne, l'article 1^{er} prévoit que les parties reconnaissent les droits et libertés définis dans la convention. À ce titre, l'État, tenu à une obligation de neutralité doit s'abstenir de toute ingérence sur la croyance religieuse de ses ressortissants⁴⁸. C'est aussi la position du droit international en la matière.

⁴⁷ CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, aff. N°14307/88, pt. 31.

⁴⁸ CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis*, aff. N°18748/91, pt. 47.

37. En effet, sur le plan international, la liberté de pensée, de conscience et de religion fait partie des droits fondamentaux consacrés par l'Organisation des Nations-Unies. L'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement* ». L'alinéa 2 prévoit qu'aucunes contraintes ne peuvent peser sur la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix. Encore l'article 14 de la convention internationale des droits de l'enfant consacre le principe de liberté de religion, de même que l'article 12 de la convention américaine relative aux droits de l'Homme.

38. En définitive, les implications concrètes de la liberté de religion entraînent une protection d'une multitude de conviction. En effet, le terme de « religion » n'est certainement pas restrictif. Il s'agit incontestablement du droit, pour une personne de croire sans qu'une quelconque autorité publique tente de lui imposer une conviction ou de l'en empêcher. Par ailleurs, les différents textes ne distinguent pas la sphère privée de la sphère publique ce qui signifie un large spectre d'application.

B. L'étendue de la liberté de religion

39. La liberté d'avoir des convictions et des croyances religieuses est une liberté considérée comme étant absolue. À ce titre les restrictions apportées par l'alinéa 2 de l'article 9 de la CESDH ne concernent qu'exclusivement les modalités d'exercice de cette liberté. À cet égard, l'arrêt *Kokkinakis* rappelle le caractère fondamental des droits que garantit l'article 9 paragraphe 1 qui se traduit aussi par le mode de formulation de la clause relative à leur restriction. A la différence du second paragraphe des articles 8, 10 et 11, qui englobe l'ensemble des droits mentionnés en leur premier paragraphe, celui de l'article 9 ne vise que la « *liberté de manifester sa religion ou ses convictions* ». La liberté de croyance doit être entendue *lato sensu*, en ce sens qu'elle garantit l'ensemble des convictions personnelles, politiques, philosophiques, morales et religieuses.

40. De manière générale, la liberté de conscience appréhende toutes les manières de mener sa vie personnelle⁴⁹. Si la Cour européenne s'est déliée du pouvoir de définir la religion, celle-ci doit s'entendre dans un sens extensif.

41. La religion constitue en une croyance relative à un ordre divin impliquant des règles de vie et éventuellement des pratiques rituelles, propre à une communauté ainsi déterminée⁵⁰. Si la croyance religieuse ne saurait alors se limiter aux trois grandes religions monothéistes, encore faut-il que celle-ci soit identifiable⁵¹. Naturellement, les personnes physiques sont les premières concernées par la liberté de religion en ce qu'ils sont titulaires des droits garantis par la loi ou les textes internationaux. À ce titre, le principe de non-discrimination empêche l'établissement d'une quelconque distinction entre celles-ci. En effet, le droit d'avoir des convictions personnelles doit être largement entendu en ce qu'il est général et absolu. À ce titre, la Cour européenne a qualifié l'article 9 de la Cour de « *bien précieux* »⁵². Par extension aux personnes physiques, les groupements se sont vu reconnaître, la liberté de religion à l'exclusion de la liberté de conscience⁵³.

42. Si l'inculcation de la religion est souvent le fait de l'éducation parentale, il en reste que tout individu dispose de la liberté de choisir ou non une religion et d'en changer, tout comme il a le droit de manifester librement ses croyances religieuses. La liberté religieuse implique en effet le droit de manifester sa religion. L'article 9 §1 de la CESDH énumère à ce titre plusieurs formes de manifestation d'une conviction « *individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ». Cela implique le droit de porter des signes ostentatoires dans l'espace public dans le seul respect de l'ordre public. À ce titre, les arrêtés municipaux dits anti-burkini à l'été 2016, n'étaient licites qu'en présence de risques de trouble à l'ordre public provoqué par ce maillot de bain qui a vocation à couvrir les jambes et les

⁴⁹ BÎRSAM (C.), *Le juge européen, la liberté de pensée et de conscience, Droit et justice* 2004, p. 47. Pour les conceptions philosophiques, cf notamment : Cour eur. DH, 13 août 1981, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, Série A n° 44, Cah. Dr. Eur. 1982 p. 226 observations COHEN-JONATHAN (G.), Ann. Fr. Dr. Int. 1982 p. 499 observations PELLOUX (R.), ; Journ. Dr. Int. 1982 p. 220 observations ROLLAND (P.).

⁵⁰ Centre national de ressources textuelles et lexicales La religion, [En ligne], consulté le 25 mars 2022 : <https://www.cnrtl.fr/definition/religion>.

⁵¹ Com. Eur. DH, 4 octobre 1977, *X c. Royaume-Uni*, D11/55.

⁵² CEDH, 18 février 1999, *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, Rec. 1999-I, § 34.

⁵³ Com. Eur. DH, 12 octobre 1998, *Kontakt-information Therapie Hagen c. Autriche*, DR 57/81.

bras, conformément aux prescriptions religieuses. Le Conseil d'État considérait alors que ces arrêtés portaient « *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*⁵⁴ ».

43. Dans le respect de la loi, chaque citoyen est libre de porter des signes distinctifs d'un culte. Ainsi, il est loisible à quiconque de porter un turban, le voile, une kippa ou encore un crucifix pour n'en citer que quelques-uns. Seule, la dissimulation du visage est prohibée par la loi du 11 octobre 2010. Par exception, la loi du 15 mars 2004 a introduit un encadrement « *du port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse* » pour les élèves à l'école primaire, collèges et lycées publics. Tel n'est pas le cas dans les universités où les « *étudiants peuvent s'habiller à l'université comme dans la rue. Ils peuvent donc porter ce qu'ils veulent, à conditions de ne pas porter atteinte à la décence et à la pudeur, et de ne pas se couvrir le visage* » précise Jean-Loup Salzman.

44. En outre, la liberté de religion suppose également le droit de pouvoir accomplir des rites religieux y compris dans le cadre de la relation de travail⁵⁵. Par rites religieux, il faut comprendre un cérémonial désignant un ensemble d'usages religieux. Ainsi par exemple, par dérogation au droit de l'Union européenne concernant la protection des animaux au moment de leur mise à mort⁵⁶ et aux articles E.214-63 à R.214-81 du Code rural posant une obligation d'étourdissement des animaux avant l'abattage, l'abattage rituel est autorisé en France. Dans le cas de l'abattage rituel, qu'il soit halal ou casher, l'étourdissement n'est pas obligatoire mais doit se faire dans des abattoirs agréés et bénéficiant expressément d'une autorisation à déroger à cette obligation d'étourdissement.

45. Toutefois, si les croyants ont droit de manifester leurs convictions religieuses, la Cour européenne précise que cela implique le risque de critique. Ainsi, elle explique que « *ceux qui choisissent d'exercer leur liberté de manifester leur religion, qu'ils appartiennent à une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute*

⁵⁴ CE, ord., 26 août 2016, n°402742.

⁵⁵ Com. EDH, 12 mars 1981, *X c. Royaume-Uni*, DR 5/8.

⁵⁶ Règlement (CE) du 24 septembre 2009 n°1099/2009 sur la protection des animaux au moment de leur mise à mort.

critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi »⁵⁷. Cela s'explique par la place de la liberté d'expression dans les sociétés démocratiques. Néanmoins, cette liberté d'expression n'est pas illimitée. Ainsi, l'abus de la liberté d'expression est caractérisé, selon un rapport de la Commission européenne pour la démocratie et le droit⁵⁸, par : l'injure ; l'incitation à la haine et le blasphème. Si ce dernier constitue sans nul doute l'une des manifestations les plus offensantes pour les croyants, le blasphème n'est pas, en France, une infraction pénalement répréhensible.

II. Les corollaires nécessaires à la liberté religieuse

46. Pour comprendre les implications concrètes de la liberté de conscience et de religion, il convient d'en analyser la portée tant sa mise en pratique s'avère être plus complexe que la simple liberté de croire ou de ne pas croire et d'en manifester l'expression de sa croyance religieuse. Plus exactement, nos démocraties libérales présupposent la tolérance et l'acceptation envers les doutes et certitudes d'autrui (A) et de pouvoir agir en accord avec ses convictions religieuses (B).

A. La tolérance comme condition nécessaire à la liberté religieuse

47. « *Nul à la vérité ne peut, sans danger pour le droit du souverain, agir contre son décret, mais il peut avec une entière liberté opiner et juger et en conséquence aussi parler, pour qu'il n'aille pas au-delà de la simple parole ou de l'enseignement, et qu'il défende son opinion par la raison seule, non par la ruse, la colère ou la haine* ». Par ces mots tirés du traité théologico-politique, Spinoza préfigure une série d'écrits sur la tolérance. Parallèlement, comme il l'a été rappelé, il a fallu attendre le 26 août 1789 pour que soit consacrée de manière générale et absolue, la liberté de penser en proclamant que nul ne peut être inquiété pour ses opinions. Liberté de

⁵⁷ CEDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institute c. Autriche*, n°13470/87.

⁵⁸ *Rapport sur les relations entre liberté d'expression et liberté de religion : réglementation et répression du blasphème, de l'injure à caractère religieux et de l'incitation à la haine religieuse*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 76^e session plénière (Venise, 17-18 oct. 2008), étude n° 406/2006.

conscience assurée déjà par la loi du 9 décembre 1905 puis consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 27 juin 2002⁵⁹ comme étant un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république.

48. Le principe selon lequel chacun peut, librement s'exprimer sur tous les sujets s'accompagne nécessairement d'une composante négative, celle de garder le silence ou de mentir sur ses croyances. En effet, le temps de la chasse aux sorcières telle qu'elle a été connue au XIXe siècle est révolu. C'est d'ailleurs sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que s'il existe un droit de ne pas s'auto incriminer il ne pouvait en être déduit un droit de se taire⁶⁰. Ainsi, nul n'est donc tenu de dévoiler ses convictions religieuses. Toutefois, si nul ne peut être obligé de manifester sa confession ou ses convictions religieuses, aucun individu ne peut être tenu d'agir de telle sorte qu'on puisse tirer comme conclusions qu'il a une conviction déterminée⁶¹.

49. Le traumatisme de la Seconde Guerre mondiale où les individus, considérés comme nuisible sur le fondement de leurs croyances religieuses, étaient fichés, affublés d'un signe distinctif et subissant d'autres atrocités et l'apparition aujourd'hui des nouvelles techniques de l'information et de la communication ont conduit le législateur à considérer la religion comme une donnée dite sensible.

50. Avec le développement de l'informatique et de la télécommunication, la nécessité de protéger les libertés individuelles sur les réseaux informatiques s'est fait ressentir. Les traces de la Seconde guerre mondiale sont prégnantes et l'idée même de garantir la protection de l'identité humaine apparaît comme essentielle. En effet, les données à caractère personnel étant révélatrices de la vie privée et personnelle de l'identité de chacun, préserver la liberté individuelle devait alors passer par la préservation des traitements informatisés des informations personnelles. À cet effet, la commission des communautés européennes a jugé nécessaire d'adopter des mesures « *pour éliminer les obstacles à la circulation des données à caractère personnel le niveau de protection*

⁵⁹ Cons, const., 27 juin 2001, n°2001-446 DC.

⁶⁰ CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, n°10828/84.

⁶¹ CEDH, 3 juin 2010, *Dimitras et autres c. Grèce*, Req. n°42837/06.

des droits et libertés des personnes à l'égard des traitements de ces données doit être équivalent dans tous les États membres ; que la réalisation de cet objectif, fondamental pour le marché intérieur, ne peut être atteinte par la seule action des États membres compte tenu des divergences ... Une intervention de la Communauté visant à un rapprochement des législations est donc nécessaire »⁶².

51. En France, la loi du 6 janvier 1978 dite loi informatique et libertés est la première loi qui a pour objet la protection des droits et libertés au regard des nouvelles technologies. Cette loi interdit par principe, la collecte ou le traitement des données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement, les opinions religieuses des personnes⁶³.

52. Incontestablement, la directive communautaire du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques inscrit, au rang des données personnelles, les convictions religieuses. Encore, le règlement n°2016/679, dit règlement général sur la protection des données (Ci-après : RGPD) impose des mesures strictes concernant les données dites sensibles. Selon l'article 9 de la directive précitée concernant les « *données à caractère personnel qui révèlent [notamment] les convictions religieuses* » en interdit le traitement de ces données dites sensibles.

53. Dans la même lignée, la loi du 4 mars 2002 sur les droits des personnes malades et des usagers du système de santé permet de tenir compte de certaines exigences religieuses des patients dans la prise en charge médicale tant au niveau de l'offre de soin que dans le service des centres hospitaliers tout en étant soumis aux exigences du secret professionnel.

⁶² Considérant 8 de la Proposition commune du Conseil des communautés européennes du 20 février 1995 en vue de l'adoption de la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, *JOCE* du 13 avril 1995.

⁶³ Article 8 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

B. Le droit d'agir en son âme et conscience

54. « *La désobéissance individuelle de "l'objecteur de conscience" devient civile lorsqu'elle se fait collective* »⁶⁴. Ce qui légitime la désobéissance individuelle, à savoir le fait de refuser de se soumettre à une règle légale, c'est l'existence d'un intérêt supérieur au nom duquel désobéir est essentiel. Peut-on refuser de servir sous les drapeaux en raison de ses convictions ? Longtemps poursuivis pour insoumission ou désertion, Albert Einstein y voyait « les pionniers d'un monde sans guerre »⁶⁵. Le statut des objecteurs de conscience a pendant longtemps fait l'objet d'un flou juridique.

55. En France, il a fallu attendre la loi du 21 décembre 1963, modifiée par la loi du 8 juillet 1983 pour qu'un premier pas se fasse en faveur d'un droit reconnu pour les objecteurs de conscience. Pour autant, l'objection de conscience a révélé une difficulté majeure, celle de l'applicabilité de l'article 9 de la Convention européenne.

56. L'article 9 de la Convention ne mentionne pas expressément le droit à l'objection de conscience, toutefois, la Cour considère, à l'occasion de l'opposition de certaines personnes au service militaire, « *lorsqu'elle est motivée par un conflit grave et insurmontable entre l'obligation de servir dans l'armée et la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre, constitue une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9 (...). Quant à savoir si et dans quelle mesure l'objection au service militaire relève de cette disposition, la question doit être tranchée en fonction des circonstances propres à chaque affaire* »⁶⁶. En effet, aux termes de l'article 9 de la convention, chacun a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, ce droit n'implique pas une reconnaissance automatique au droit à être objecteur de conscience.

⁶⁴ RENO (X.), *Désobéir : le petit manuel*, éd. Le passager clandestin, 2019, p.51.

⁶⁵ Message envoyé par Albert Einstein aux participants du III^e congrès de l'Internationale des résistants à la guerre (WRI) réunis à Lyon en 1931. Cité par Carine Jansen in *Les Objecteurs, 1919- 1984. Vingt ans de statut légal en Belgique*, Bruxelles, Confédération du service civil de la jeunesse, 1984, p. 67.

⁶⁶ CEDH, 7 juillet 2011 *Bayatyan c. Arménie*, § 110.

57. À ce titre, avant l'arrêt *Bayatyan*, la Cour de Strasbourg avait jugé qu'il était libre, aux États de reconnaître au non, le statut d'objecteur de conscience⁶⁷ avant d'estimer que ce statut s'apprécie au regard de « *la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre, constitue une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* ». À cet égard, les juridictions internationales exigent que la conviction à l'origine de l'objection de conscience soit objective et sincère. Si la plupart des affaires questionnant les objecteurs de conscience concernaient les chrétiens, témoins de Jéhovah face au service militaire en ce que la Bible enjoint aux croyants de ne pas prendre les armes et de manifester un amour inconditionnel à leur prochain⁶⁸, le statut d'objecteur de conscience s'est peu à peu étendu. Encore faut-il que l'objecteur démontre que son objection se fonde non pas sur une simple idéologie mais sur une conviction intimement fondée, objectivement déterminée et suffisamment sincère et profonde. Toutefois, cette appréciation subjective de la sincérité d'une conviction n'est pas aisée à mettre en perspective⁶⁹. Elle implique inévitablement une immixtion dans la vie intime de la personne.

58. Quoiqu'il en soit et comme a pu l'écrire Pierre Sablière, « *l'objection de conscience est par essence révolutionnaire et la révolution ne se renferme pas dans un statut* » contrairement à la clause de conscience qui se renferme dans un régime juridique strict.

59. Selon le doyen Jean Carbonnier, « *s'il est naturel à l'homme de ne pas aimer la loi que d'autres lui imposent, il ne lui est pas moins naturel d'aimer la loi qu'il impose aux autres* ». La notion de clause de conscience est une notion abstraite, difficilement saisissable. La coexistence entre le droit et la conscience trouve une assise au sein de la clause de conscience. La clause de conscience est le droit reconnu à un professionnel de refuser certains actes prescrits par la loi, contraires à ses convictions notamment religieuses ou morales.

⁶⁷ Comm. EDH, 7 mars 1977 *Groupe d'objecteurs de conscience c/ Danemark*, n°7565/76.

⁶⁸ « Pourquoi les Témoins de Jéhovah ne participent pas aux guerres ? » : <http://www.jw.org/fr/temoins-de-jehovah/faq/pourquoi-vous-ne-participez-pas-aux-guerres/> [consulté le 28 février 2022].

⁶⁹ MUZNY (P.), « *Le droit à l'objection de conscience au service militaire pour motifs religieux* », *Revue du droit des religions*, 1 | 2016, 129-143.

60. Le cas de figure le plus ancien concerne le journalisme. Depuis la loi du 29 mars 1935, dans le cas où une cession d'un organe de presse, de publication ou de changement d'orientation, les journalistes salariés peuvent résilier leur contrat tout en obtenant l'application des dispositions du Code du travail relatives à la rupture du contrat. Plus précisément, l'article L.7112-5 du Code du travail prévoit que dans un pareil cas, les dispositions des articles L.7112-3 et L.7112-4 du Code du travail s'appliquent et le journaliste « *a droit à une indemnité qui ne peut être inférieure à la somme représentant un mois, par année ou fraction d'année de collaboration, des derniers appointements* ».

61. En ce qui concerne les professions juridiques, si tout citoyen a le droit d'avoir accès à une défense par l'intermédiaire d'un avocat, ce-dernier peut refuser de défendre une personne, lorsque sa conscience l'en empêche. En effet, en application de l'article 1.3 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat (Ci-après : RIN), « *l'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment* ». Pour autant, l'article 14.2 du RIN, l'avocat « *a la faculté de demander à être déchargé d'une mission contraire à sa conscience* ».

62. Néanmoins, c'est dans le domaine médical que la clause de conscience est au cœur de nombreuses controverses. Plus spécifiquement, l'article L.2212-8 du Code de la santé publique dispose que : « *Un médecin ou une sage-femme n'est jamais tenu de pratiquer une interruption volontaire de grossesse mais il doit informer, sans délai, l'intéressée de son refus et lui communiquer immédiatement le nom de praticiens ou de sages-femmes susceptibles de réaliser cette intervention selon les modalités prévues à l'article L. 2212-2* ». Ainsi, les professionnels de santé ne sont jamais tenus, si leur conscience leur en empêche de concourir à une interruption volontaire de grossesse. Ce refus de pratiquer un acte médical sur le fondement de la conscience intime du professionnel a été élargi à la stérilisation à visée contraceptive, à la suite de la loi du 4 juillet 2001 codifiée à l'article L.2123-1 du Code de la santé publique. De plus, la loi bioéthique du 7 juillet 2011 a introduit un article L.2151-7-1 du même Code qui implique une clause de conscience sur les recherches concernant les embryons humains.

63. Plus largement, la liberté de conscience reconnue par les textes nationaux et internationaux a impliqué, pour le droit, une réaction juridique à cette liberté. Cette réaction s'est traduite par l'institution des clauses de conscience pour les professionnels qui consiste en un droit d'opposition reconnu par l'autorité publique dans un souci de protection des droits fondamentaux. Toutefois, cette possibilité n'est pas absolue. Si aux États-Unis, un boulanger-pâtissier a eu le droit de refuser la confection d'un gâteau de mariage pour un couple homosexuel en raison de ses convictions⁷⁰, le Conseil constitutionnel quant à lui, à refuser le bénéfice de la clause de conscience à un maire et ses adjoints qui refusaient, en raison de convictions personnelles, de célébrer le mariage d'un couple de même sexe⁷¹.

64. La clause de conscience appliquée aux relations de travail est récente. En effet, l'extension de la clause de conscience spécifique à certaines professions trouve une assise jurisprudentielle. Absente du Code du travail, la clause de conscience peut être insérée dans le contrat de travail notamment des cadres dirigeants. Elle résiderait en une disposition contractuelle entraînant la rupture de la relation de travail de manière unilatérale en cas de modification importante dans la direction de l'entreprise. Encore faut-il que cette faculté soit justifiée par les fonctions du salarié et n'empêche pas le salarié, d'user de sa faculté de résiliation unilatérale⁷². La levée de la clause de conscience par le salarié ouvre droit pour celui-ci en principe, à une indemnité dont le montant est souvent calculé selon les mêmes modalités qu'en cas de licenciement. La jurisprudence précise également que ladite clause doit être suffisamment précise et doit définir les situations dans lesquelles le salarié pourra l'invoquer⁷³.

65. En définitive, si la clause de conscience s'est construite, à l'origine, autour des journalistes professionnels afin de préserver l'indépendance de ceux-ci, elle s'est progressivement étendue à d'autres professionnels. Plus récemment, elle s'est introduite dans la relation de travail par une traduction de la liberté de conscience des salariés à travers une disposition contractuelle. Elle apparaît alors comme la garantie, dans l'entreprise, de la liberté de conscience du salarié.

⁷⁰ *Suprem court, 2018 Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission.*

⁷¹ Cons, const., 18 octobre 2013, n°2013-353 QPC, *M. Franck M. et autres [Célébration du mariage – Absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil]*, *JORF* du 20 octobre 2013 page 17279.

⁷² Cass, soc., 10 avril 2013, n°11-25.841.

⁷³ Cass, soc., 26 janvier 2011, n°09-71.271.

Section 2 – La manifestation de la liberté religieuse en droit du travail

66. Le port de signes religieux dans l'entreprise ne cesse de générer de vives polémiques et nourrit le « *sensationnalisme qui sied si bien à de nombreux médias* »⁷⁴. Le droit et plus spécifiquement le droit du travail n'échappe pas à la manifestation des droits fondamentaux. D'ailleurs, le législateur lui-même a progressivement imposé les libertés et droits fondamentaux comme socle de la relation de travail (I). Comme une évidence, le droit consacre une acceptation de l'expression des convictions religieuses sur le lieu de travail (II).

I. La manifestation directe de la liberté religieuse en droit du travail

67. Si le législateur a mis en exergue certains droits fondamentaux, le droit à la non-discrimination, le droit d'expression des salariés, l'essentiel des droits et libertés du salariés ont été mis en exergue par les lois Auroux de 1982, il a de manière plus générale, encouragé le développement des droits fondamentaux au travail et incité la jurisprudence dans un sens plus protecteur des droits et libertés des salariés. « *Le domaine de la liberté commence là où s'arrête le travail déterminé par la nécessité* » disait Karl Marx. À ce titre, au-delà du travail subordonné, le cadre normatif a contribué à la diffusion des droits et libertés dans l'entreprise (A). Toutefois, le cadre légal et réglementaire n'est pas le seul tributaire du développement des libertés dans l'entreprise. En effet, les politiques de promotion de la diversité ont également participé à ce développement (B). Les politiques d'inclusion de la diversité participent à l'intégration du fait religieux dans l'entreprise privé en même temps qu'elles ont favorisé l'égalité de fait dans les entreprises privées.

⁷⁴ Voy. Not. Les études et enquêtes qui nourrissent régulièrement les débats : Randstad-OFFRE, *L'entreprise, le travail et la religion*, 22 septembre 2016, étude 2016 ; ARNOULT-BRILL (E.E.), et SIMON (G.), (rapp.), *Le fait religieux dans l'entreprise*, CESE, 12 novembre 2013.

A. La diffusion de la liberté religieuse par les fondements normatifs

68. « *Traitement inégal fondé sur un critère illégitime* », la discrimination se traduit par un acte qui ne préjuge pas toujours d'une intentionnalité de l'auteur de la discrimination fondé sur un ou plusieurs des critères de discrimination fixé par le législateur sous l'impulsion de l'Union européenne. En effet, la transposition de la directive européenne 2000/43/CE a permis de transposer en droit français le principe de non-discrimination en droit du travail par la loi du 16 novembre 2001. Il trouve aujourd'hui une assise au sein de l'article L.1132-1 du Code du travail. Eu égard à ce principe, aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire ni lors de l'embauche, ni durant l'exécution du contrat et ni, lors de la rupture du contrat de travail. La discrimination s'analyse au regard de la directive qui prévoit une liste de motifs discriminatoires prohibés au rang desquels figure la liberté religieuse ou, plus exactement le fait de croire ou de ne pas croire

69. La transposition de la directive relative au principe de non-discrimination s'accompagne d'un aménagement de la charge de la preuve qui permet d'ailleurs, aux victimes de discrimination de faire valoir une défense qui s'apparente d'autant plus à « un parcours du combattant probatoire ». En effet, pour pallier l'insuffisance de preuve rencontrée par les plaignants, l'article L.1134-1 du Code du travail dispose que « *lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

70. Autrement dit, la charge qui incombe au salarié consiste principalement en « *l'allégation étayée d'éléments relatifs à l'appartenance au groupe protégé et à la présentation d'une situation susceptible d'être discriminatoire* »⁷⁵. Dans la plupart des cas, le salarié ne dispose que très rarement des moyens de preuve afin de laisser supposer l'existence de la discrimination. C'est dans cette optique que la directive instaure un partage de la preuve en matière de discrimination. Parallèlement, l'intervention du juge demeure sinon nécessaire, au moins utile⁷⁶.

71. Corrélativement à ce mécanisme protecteur, la directive 2000/43/CE encourage les États membres à veiller au bon déroulement de la lutte contre les discriminations en évaluant leurs politiques et à mener des études relatives à la discrimination dont la discrimination religieuse qui fait partie intégrante de la liste des motifs discriminatoires. C'est alors que le gouvernement a créé la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) en 2005 remplacée depuis 2011 par le défenseur des droits. Ce dispositif institutionnel vise à lutter contre toutes les formes de discrimination. Ce dernier peut alors être saisi par tout citoyen qui s'estime être victime d'une discrimination. À ce titre, le défenseur des droits participe à la politique de lutte contre les discriminations et ce notamment, dans le monde de l'emploi.

72. Au-delà des fondements légaux relatifs à la non-discrimination prévue aux articles L.1132-1 et suivants du Code du travail qui participent à l'égalité de droit et de fait des salariés dans l'entreprise, cette égalité est prônée par le principe même d'égalité de traitement dégagé de la règle « *à travail égal, salaire égal* ». Autrement dit, une « *différence de traitement entre les salariés placés dans une même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence* »⁷⁷. Cette règle est reprise à l'article L.3221-1 et suivants du Code du travail concernant l'égalité salariale. Le principe d'égalité de traitement a été élargi par la jurisprudence. À ce titre, la jurisprudence de l'Union européenne est récemment venue préciser

⁷⁵ BOUBLI (B.), « La discrimination et le juge des référés. Deuxième partie : la preuve de l'élément intentionnel et le pouvoir du juge des référés », in *SS Lamy*2009, n° 1423, 30 novembre 2009 p. 6-8.

⁷⁶ HOFFSCHIR (N.), et ORIF (V.), « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d'instruction en droit du travail », *La Revue des droits de l'homme* [Online], 9 | 2016, Online since 07 March 2016, connection on 18 April 2022. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/2053> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.2053>.

⁷⁷ Cass, soc., 15 mai 2007, n°05-42.894.

qu'une différence de traitement en fonction de la confession des salariés ne pouvait prospérer dans les entreprises « *que si, au regard de la nature des activités professionnelles concernées ou du contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à ladite éthique* »⁷⁸. Il s'agissait, dans le cas d'espèce, d'un licenciement d'un médecin qui travaillait dans un hôpital catholique au motif qu'il s'était remarié sans que son premier mariage n'ait été annulé. En l'espèce, la Cour de justice de l'Union adopte un raisonnement similaire à celui prôné en matière de discrimination. En effet, pour justifier la différence de traitement, la Cour contrôle l'exigence professionnelle essentielle, légitime et vérifie que celle-ci est justifiée par la nature du poste occupé par ledit médecin, tel n'était pas le cas en l'espèce. Le requérant soulevait devant les juridictions allemandes que remariage d'un autre médecin relevant d'une autre confession religieuse n'aurait eu aucune incidence sur la carrière professionnelle.

73. Face aux nouveaux phénomènes religieux apparus ces dernières décennies, dans un contexte sociale fragile, les fondements légaux et jurisprudentiels ont permis l'intégration de ce phénomène dans l'entreprise. Prenant acte de la liberté religieuse, la religion, ou plus exactement l'expression des convictions religieuses s'est considérablement développée. D'abord, car le droit interne et le droit européen présentent un socle protecteur des droits et libertés protégeant ainsi les salariés contre la discrimination et leur assurant une égalité de traitement, mais aussi car au-delà de la norme, les entreprises se sont dotées d'outils favorables à l'expression des convictions religieuses.

⁷⁸ CJUE, gr. Ch., 11 septembre 2018, aff. C-68/17.

B. La prise en compte du phénomène religieux dans la promotion de la diversité

74. « *La paix, ce n'est pas seulement mettre fin à la violence ou à la guerre, mais aussi à tous les autres facteurs qui menacent la paix comme la discrimination, l'inégalité, la pauvreté* » disait Aung San Suu Kyi. S'il est vrai que la lutte contre les discriminations est devenue une mesure phare des politiques publiques, celle-ci est toutefois assez récente. Quoiqu'il en soit, le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement vise d'un passage d'une égalité de droit, à une égalité de fait. Cette égalité de fait passe nécessairement par l'intégration de fait, dans les entreprises, de mesures en faveur de cette égalité.

75. Comme le précise Cristiane Bourdonnais, « *si chaque entreprise posait une action sociétale dans ce qu'elle sait faire de mieux, selon son champ de compétences, la société se porterait mieux* ». Autrement dit, la responsabilité sociale ou sociétale des entreprises semblerait être nécessaire pour l'amélioration de la société, et celle-ci passerait par les entreprises. Bien que le RSE ne se contente pas de déclaration d'intention, la première étape logique est de formuler, de structurer et de mettre des mots sur une politique et une culture d'inclusion, par exemple, en établissant une charte éthique, aussi appelée le code de conduite, aussi obligatoire dans les entreprises de plus de 20 salariés devant inclure des engagements sur ces grands principes. Ainsi, la charte de la diversité de 2004, texte d'engagement sans véritable contrainte, a pour objectif de sensibiliser les entreprises à la lutte contre les discriminations et favoriser la diversité. En 2008, le « *label diversité* » mis en place sous l'impulsion du gouvernement visait à confronter les entreprises à une gestion des ressources humaines plus responsable en faveur de la diversité. Le label diversité est aujourd'hui un signe distinctif qui atteste des bonnes conduites et bonnes pratiques des entreprises. Il constitue en un véritable outil afin de valoriser l'engagement des entreprises en matière de prévention des discriminations, le respect de l'égalité des chances et la promotion de la diversité.

76. Pour reprendre les termes de Gérard Mestrallet, Président directeur général du groupe GDF-SUEZ, « *pour l'entreprise, le Label Diversité constitue une invitation à affirmer sa fonction sociale et sociétale. C'est aussi un levier pour améliorer ses pratiques RH et une reconnaissance de sa volonté de prévenir et lutter contre les discriminations. Le Groupe que je dirige, GDF SUEZ,*

comme de plus en plus d'organisations, s'engage dans le processus de labellisation. En complément des autres démarches (ISO 26 000, Global Compact, Charte de la Diversité...), il s'agit de répondre au souci des dirigeants d'exercer pleinement leur responsabilité sociale ». Cette position du groupe GDF-SUEZ s'inscrit dans une démarche proactive des entreprises en matière de prévention des discriminations et en faveur de la diversité. En effet, soucieuse de leurs démarches et de leurs images, de plus en plus d'entreprises s'engagent en faveur de l'égalité et de la diversité des collaborateurs. D'ailleurs, Le baromètre du MEDEF de 2021 démontre que l'engagement des entreprises sur la RSE contribue à améliorer l'image de l'entreprise et à fidéliser les collaborateurs. Difficile ici de ne pas y voir un intérêt managérial pour les entreprises.

77. La diversité vise à préserver ou restaurer une égalité entre les travailleurs quel que soit leur sexe, leur nationalité ou encore leur religion, pour ne retenir que les aptitudes professionnelles à occuper un emploi déterminé. Pour autant, la diversité ne connaît aucune définition juridique en ce qu'elle constitue une approche globale de lutte contre toutes les formes de discrimination. C'est dans ce cadre que de plus en plus d'entreprises élaborent, au-delà des dispositifs légaux préexistants, des politiques en interne d'inclusion et qui visent à prévenir les discriminations. Cela passe par de nombreux engagements du chef d'entreprise tels que les chartes, les codes de bonne conduite, etc.

78. Toutefois, si ces engagements ne suffisent pas à établir une égalité de fait, l'application de ces textes dont la valeur normative est encore interrogée, ce qui est certain, c'est qu'ils participent à l'intégration du fait religieux dans l'entreprise. Pour preuve, depuis la fin des années 1980 et davantage encore au début des années 2000, les exigences religieuses sont apparues dans le monde du travail avec une réponse diverse du chef d'entreprise, tantôt en acceptant certaines réclamations dans un souci de paix sociale ou encore de contrainte, tantôt en refusant certaines demandes relevant de la religion des travailleurs. Dans un même temps, dès les années 1970, la responsabilité sociale des entreprises va s'institutionnaliser en faveur des préoccupations environnementales puis dès les années 2000, sur les questions sociales. Depuis lors, celle-ci relève d'une réalité juridique démontrée par la Cour suprême des États-Unis dès 2002⁷⁹.

⁷⁹ *Suprem Court of United States*, 2 mai 2002, *Kasky c. Nike*, n°S087859.

79. En tout état de cause, l'engagement volontaire de l'employeur mis en exergue par la responsabilité sociale des entreprises participe à la prévention des discriminations et en faveur de l'égalité participe à l'intégration du phénomène religieux dans l'entreprise. Cette manifestation directe de la religion dans l'entreprise est rendue possible par cette acceptation patronale de la religion. Celle-ci qui s'accompagne alors de la manifestation indirecte du fait religieux en entreprise.

II. La manifestation indirecte de la liberté religieuse en droit du travail

80. L'expression des convictions religieuses au travail est au cœur d'une controverse d'actualité. Source de conflits, les réponses apportées par le droit ne doivent souffrir d'aucune ambiguïté ni tergiversation. Le débat public autour de la montée de l'expression confessionnelle au travail avec des pratiques très marquées est pourtant réglé par la législation européenne reprise par le droit national.

81. À ce titre, la possibilité offerte aux salariés d'exprimer ses convictions au temps et au lieu de travail est garantie par la liberté d'expression dont le salarié dispose (A). Par ailleurs, il est communément admis que le salarié a, au temps et au lieu de travail, droit au respect de sa vie privée. À ce titre, le salarié voit sa liberté religieuse protégée (B).

A. La liberté d'exprimer ses convictions religieuses

82. La liberté d'expression est « *l'un des fondements d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* »⁸⁰. À ce titre, la liberté d'expression est protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

83. L'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* ». Autrement dit, selon la conception française, la liberté d'expression est le pendant de la liberté de penser, de croire et à ce titre de communiquer. Cette communication des idées comprend à cet effet, un aspect large en ce qu'elle comprend les propos accueillis favorablement mais aussi, selon l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, ceux qui « *heurtent, choquent ou inquiètent* ». Cette liberté d'expression et de penser trouve sa place de façon plus encadrée dans la relation de travail et plus spécifiquement dans les entreprises du secteur privé.

84. D'emblée, l'article L.1121-1 dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

85. Bien qu'en application de l'article L.2281-1 du Code du travail, « *les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* », ce droit à l'expression couvre l'expression des salariés à travers les représentants du personnel. Au-delà du droit d'expression accordé aux salariés dans l'entreprise, ceux-ci jouissent dans l'entreprise de leur liberté d'expression qui s'exerce d'ailleurs en dehors de celle-ci.

⁸⁰ CEDH, 7 décembre 1976 « *Handyside c/ Royaume Uni* », *op. cit.*

86. Quoiqu'il en soit, la liberté d'expression des salariés est marquée par un important arrêt du 28 avril 1988. Dans l'arrêt *Clavaud*, il s'agissait d'un salarié qui avait dénoncé ses conditions de travail dans une coupure de presse issue du journal *l'Humanité* et qui avait été sanctionné pour ce fait. La Cour de cassation avait alors jugé que le licenciement était nul en affirmant que « l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus dans toute sa plénitude »⁸¹. Il convient de noter à ce stade que cet arrêt marque l'entrée imminente des droits et libertés dans l'entreprise en consacrant une nullité sans texte en matière de violation des droits et libertés.

87. Alors, la liberté d'expression et la liberté religieuse, semblent se complémentariser. À cet effet, si la liberté religieuse permet l'extériorisation des convictions religieuses dans l'espace public et par conséquent dans l'entreprise, la liberté d'expression comprend une dimension particulière en permettant au salarié dans l'entreprise, d'exprimer et de diffuser ses convictions religieuses.

88. En effet, pour manifester sa foi ou la diffuser, il faut pouvoir l'extérioriser et par voie de conséquence, être libre d'exprimer ses croyances religieuses⁸². Ainsi, la liberté d'expression joue un rôle essentiel dans la liberté religieuse. Si cette dernière comprend nécessairement le droit d'exprimer ses convictions religieuses, la liberté d'expression telle qu'entendue par la Convention, permet aux croyants tant de diffuser un message religieux et donc de rallier de nouveaux adeptes au culte.

89. Les enseignements de l'arrêt *Clavaud* permettent de rallier la question religieuse à la liberté d'expression dans l'entreprise. À cet effet, la liberté religieuse trouve une assise dans l'entreprise à travers la liberté, pour chaque salarié, de s'exprimer librement dans l'entreprise, qu'elle se traduise par le port de signes religieux tels qu'un crucifix, le port d'un voile dit « *Hidjab* », ou encore la *kippa* traditionnellement portée par les juifs.

90. De façon générale, l'employeur ne peut pas interdire des discussions entre les salariés et ce, quel qu'en soit le thème. Il en va ainsi pour les discussions relatives à la religion, sauf à constituer un trouble objectif⁸³.

⁸¹ Cass, soc., 28 avril 1988 « *Clavaud* », n°87-41.904.

⁸² PLANA (S.), *le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, l'Harmattan, 2006, p.35.

⁸³ CJUE, 14 mars 2017, C-157/15.

B. La sanctuarisation de la liberté religieuse au travers du respect de la vie personnelle du salarié

91. Au titre de l'article 9 du Code civil « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». L'adjectif « chacun » permet de rendre compte du champ d'application extrêmement large du droit à la vie privée. À ce titre, il serait difficile d'imaginer que le salarié, ne puisse jouir de sa vie privée au temps et au lieu de travail. En effet, le lien de subordination liant le salarié à son employeur n'implique pas l'abandon des droits et libertés aux portes de l'entreprise.

92. À cet égard, la Cour de cassation a, depuis longtemps, admis que le salarié a droit au temps et au lieu de travail⁸⁴, au respect de sa vie privée. Ainsi, « *en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée* »⁸⁵. Ainsi, il est aujourd'hui unanimement admis que le salarié, citoyen, a droit au respect de sa vie privée même au sein de l'entreprise privée dans laquelle le salarié vend sa force de travail au profit d'un système de production. L'employeur ne peut donc s'immiscer dans la vie privée et personnelle du salarié et ce, dans de nombreux pans de sa vie personnelle qui échappe au pouvoir de direction de l'employeur tel que la vie sexuelle de ses salariés⁸⁶. Pour autant, il incombe à l'employeur de prendre en compte des éléments de la vie personnelle du salarié dans la gestion de son entreprise. À titre d'illustration, l'employeur est tenu de prendre en compte certains éléments de la vie personnelle du salarié au nom de la protection de la santé et la sécurité. Encore, l'employeur peut prendre en compte ces éléments s'il justifie d'un trouble objectif au sein de l'entreprise.

93. Même si la liberté de conscience et par voie de conséquence, la liberté religieuse sont protégées par de nombreuses dispositions spécifiques au champ d'application large, la Cour européenne a, a de nombreuses reprises créer un pont entre la liberté religieuse et le droit au respect de sa vie privée tel que repris par l'article 8 de la Convention.

⁸⁴ Cass, soc., 2 octobre 2001, *Nikon*, n°99-42.942.

⁸⁵ Cass, soc., 20 novembre 1991, *Néocel*, n°89-44.605.

⁸⁶ Cass, ch. Mixte., 18 mai 2007, n°05-40.803.

94. À cet effet, la Cour a jugé que la divulgation d'informations relatives aux convictions religieuses et philosophiques personnelles entre dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention dès lors que « les informations relatives aux convictions religieuses et philosophiques personnelles concernent certains des aspects les plus intimes de la vie privée »⁸⁷. À cet effet, l'employeur ne peut pas, en principe, prendre en compte les convictions religieuses des salariés et ce, dès l'embauche. Sur ce dernier point, si l'employeur choisit librement les salariés⁸⁸, il ne peut néanmoins pas interroger le salarié sur ses convictions religieuses, soit directement, soit indirectement. Il n'est pas possible par exemple, de demander au salarié s'il est croyant ou encore se renseigner sur ses pratiques alimentaires pour en déceler les croyances religieuses dès lors que ces éléments relèvent de la vie personnelle du salarié⁸⁹.

95. Il est alors aisé d'admettre que la liberté religieuse pénètre l'entreprise privée par l'effet de la protection accrue de la vie personnelle du salarié en ce qu'elle comprend notamment les croyances religieuses et plus largement philosophiques.

96. C'est parce que le droit au respect de la vie privée est garanti aux salariés, que la religion pénètre le champ de la relation de travail. En effet, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de vie privée est une « *notion large non susceptible d'une définition exhaustive* »⁹⁰ couvrant alors l'intégrité morale d'un individu. La Cour de cassation a alors intégré, les croyances religieuses mais aussi les pratiques dans le champ d'application de l'article 9 du Code civil⁹¹. Toutefois, la protection de la vie privée n'a plus vocation à s'appliquer dès lors que la religion est rendue publique. Il en va ainsi de « *la révélation de l'exercice de fonctions de responsabilité ou de direction au titre d'une quelconque appartenance politique, religieuse ou philosophie* »⁹². En effet, la protection de l'article 9 du Code civil ne joue que pour les informations privées ou rendues publiques contre la volonté de l'intéressé.

⁸⁷ CEDH, 29 juin 2007, *Folgerø et autres c. Norvège*, req. n°15472/02.

⁸⁸ Cons. Const., 20 juillet 1988 n088-244 DC.

⁸⁹ Délib. HALDE, 14 janvier 2008, n°2008-10.

⁹⁰ CEDH, 23 septembre 2010, *Obt c/Allemagne*, req. n°425/03.

⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n°99-10.928.

⁹² Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, n°04-11.732.

97. En somme, le droit au respect de la vie privée du salarié comprend indéniablement sa conviction religieuse de sorte qu'une atteinte à sa liberté religieuse peut, constituer une violation de son droit au respect de sa vie privée. Ce raisonnement est d'ailleurs celui de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Sodan c. Turquie* dans lequel, la Cour considère que le souci de préserver la neutralité d'un service public ne pouvait justifier l'entrée en compte, dans la décision de muter le requérant, au motif que son épouse portait le voile, élément qui « *relevait de la vie privée des intéressés* »⁹³ et ne faisait par ailleurs l'objet d'aucune réglementation.

98. Pour conclure, il conviendra de préciser que la manifestation de la liberté religieuse en droit du travail est aujourd'hui un phénomène palpable. En effet, le fait religieux en entreprise n'est pas nouveau. La liberté de conscience est ancienne, elle occupe aujourd'hui le débat public et médiatique.

99. Si ce débat autour de l'expression des convictions religieuses dans l'entreprise n'est pas nouveau, c'est parce qu'il s'agit d'une liberté questionnée lorsqu'elle occupe l'espace public. Pour autant, cette liberté est protégée par de nombreux textes internationaux, européens et internes.

100. Cette protection couvre alors la liberté d'avoir des croyances religieuses ou de ne pas en avoir, de choisir une religion ou encore d'en changer. Enfin, la liberté religieuse couvre le for intérieur des individus, liberté absolue, mais aussi le droit de manifester sa religion ou ses convictions. À ce titre, dans le respect de la loi, chaque citoyen est libre de porter des signes distinctifs d'un culte dans l'espace public. Pour l'heure, seule la dissimulation du visage est prohibée par la loi du 11 octobre 2010.

101. Si chacun a le droit d'exprimer ses convictions religieuses, nul ne doit être tenu de le faire. En effet, la liberté d'exprimer ses convictions religieuses s'accompagne d'une composante négative. Celle de ne pas manifester ses convictions religieuses.

102. Lorsqu'il s'agit de s'intéresser à la liberté religieuse, une question subsiste. Celle de la possibilité d'agir en son âme et conscience. Plus exactement, la loi permet à des personnes dont la

⁹³ CEDH, 2 février 2016, *Sodan c. Turquie*, req. n°18650/05

conscience ou ses convictions sincères et profondes de nature religieuse sont contraire à un acte, celle-ci peut s'en abstenir. Cette objection de conscience est toutefois très encadrée par le législateur.

103. L'entreprise n'étant pas imperméable à la société et plus généralement à l'expression des convictions religieuses. Ainsi, le salarié n'abandonne pas ses droits et libertés aux portes de l'entreprise. En effet, dès les lois Auroux de 1982, le Code du travail protège l'expression des droits et libertés au temps et au lieu de travail. La liberté de conscience s'exprime alors dans l'entreprise privée qui, dès lors, est tenue d'assurer cette liberté et de protéger ses salariés pratiquants contre la discrimination.

104. Si cette présence du phénomène religieux dans l'entreprise n'est pourtant pas nouvelle, celle-ci s'en trouve développé par la diffusion des droits et libertés dans l'entreprise. Cette diffusion passe nécessairement par les mécanismes légaux et jurisprudentiels, mais aussi, par les politiques volontaristes des employeurs.

105. Cette liberté religieuse est pour autant au cœur de controverses et de tensions médiatiques lorsque celle-ci s'exprime au temps et au lieu de travail. À ce titre, le législateur et la jurisprudence ont mis en exergue des mécanismes protecteurs de cette liberté qui est sans cesse questionner.

CHAPITRE II : LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DES SALARIÉS

106. Face à l'accroissement des tensions autour de l'intégration du fait religieux dans les entreprises privées, les employeurs sont tentés d'apporter une réponse par l'instauration d'une interdiction totale et absolue de l'extériorisation des convictions philosophiques, politiques ou religieuses. Néanmoins, il est possible de s'interroger sur la compatibilité d'une telle réponse avec le droit en vigueur. Cette réaction patronale ne se confronte-t-elle pas aux droits et libertés des salariés au temps et au lieu de travail ? Plus généralement, les restrictions les plus totales sur l'expression des convictions religieuses sont-elles compatibles avec les principes essentiels du droit du travail ?

107. La liberté de pensée, de conscience et de religion trouve une assise particulière en droit du travail en ce qu'elle constitue le point de croisement entre des principes juridiques aux contours discutés.

108. Si la liberté religieuse est reconnue et protégée par de nombreux textes nationaux et internationaux à la portée générale, le Code du travail contient des dispositions spécifiques à la liberté religieuse des salariés. Peut-être, une citation d'André BRUN et Henri GALLAND permet de répondre à cette interrogation. Selon eux, le droit du travail « *plus sans doute qu'en aucune autre branche du droit, le "spirituel" doit l'emporter sur le "matériel", l'inspiration humanitaire doit primer la réglementation étroite et technique, car la finalité de ce droit réside dans l'homme* »⁹⁴. Alors, si le droit du travail réside dans l'Homme tout entier, le droit prend acte de toutes ses complexités personnelles et dont relève la liberté religieuse de l'individu et à ce titre octroie aux salariés une protection spécifique concernant leurs croyances et convictions religieuses dans l'entreprise (Section 1) et en sanctionne les atteintes illicites (Section 2).

⁹⁴ BRUN (A.), et GALLAND (H.), *Traité de droit du travail*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1978, t. 1, n°1, p. IX.

Section 1 : La protection de la liberté religieuse des salariés dans l'entreprise

109. La protection des convictions religieuses dans l'entreprise passe par des dispositions générales et spécifiques prévues au sein du Code du travail. À ce titre, ledit Code protège la liberté religieuse à travers les dispositions relatives aux droits et libertés dans l'entreprise (I) mais aussi par le principe de non-discrimination (II). Autrement dit, les entreprises disposent d'un arsenal juridique complet qui permet de répondre aux problématiques autour de la liberté religieuse des salariés.

I. La protection de la liberté religieuse comme facteur d'intégration du fait religieux en entreprise

110. En matière de libertés, d'aucuns précisent que l'on est passé d'un vide juridique « *à un trop-plein de texte* »⁹⁵. L'étude des droits et libertés dans l'entreprise démontre une évolution de ceux-ci, en effet, l'entreprise était le lieu où le salarié abandonnait toute liberté au service de la production et de l'effectivité. Ainsi, comprendre l'évolution de la place de la liberté religieuse dans l'entreprise passe nécessairement par l'appréhension des droits et libertés dans l'entreprise (A) afin d'analyser la protection apportée à ceux-ci (B).

⁹⁵ RAY (J-E.), « Les libertés dans l'entreprise », in *Pouvoirs* 2009/3 n°130 p.127.

A. L'avènement des droits et libertés dans l'entreprise

111. « *Le droit du travail est en train de changer de paradigme : il passe d'un droit des travailleurs aux droits de la personne au travail. Ce changement n'est pas seulement européen : pour des raisons d'évolution culturelle associée à la mondialisation, il est commun à tous les pays développés* »⁹⁶. Selon les mots de Gilles Trudeau à la présidence du 29^e colloque de la Revue de droit social, il semblerait que le droit du travail évolue et se transforme vers plus de droits reconnus à l'égard du salarié au travail. En effet, pour reprendre les termes de l'ouvrage de Philippe Waquet, le droit du travail a ainsi fait passer le salarié citoyen à un citoyen salarié⁹⁷.

112. Classiquement le contrat de travail est défini comme un contrat par lequel une personne fournit une prestation de travail pour le compte et sous la subordination d'une autre, moyennant une rémunération. Ainsi, le contrat de travail est caractérisé par une prestation de travail, une rémunération et un lien de subordination juridique. Sur ce dernier point, la jurisprudence est venue clarifier la notion de subordination juridique. En effet, le lien de subordination « *est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »⁹⁸. En somme, le lien de subordination caractérise les pouvoirs de l'employeur sur les salariés. Ainsi, en application de cette jurisprudence, l'employeur dispose du pouvoir de direction et ainsi, donner des ordres et des directives et de contrôler l'activité des salariés. Il dispose par ailleurs du pouvoir de sanction en adoptant des mesures disciplinaires à l'égard des salariés qui ne respecteraient pas les prescriptions réglementaires pour professionnelles.

⁹⁶ TRUDEAU (G.), 29^e colloque de la Revue droit social : « *Vie professionnelle et vie personnelle* », actes Janvier 2010.

⁹⁷ WAQUET (Ph.), *Les libertés dans l'entreprise : du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Éd. Liaisons, 2003.

⁹⁸ Cass, soc., 13 novembre 1996, n°94-13.187.

113. Si aujourd'hui l'employeur est communément appelé le chef d'entreprise, il était hier, le patron du latin *patronus*, dérivé de *pater*, le père, « *le maître de chez lui* »⁹⁹. En témoigne l'article 1^{er} d'un règlement intérieur datant de 1850 selon lequel « *piété, propreté et ponctualité font la force d'une bonne affaire* ».

114. Si l'irruption de l'intégration des droits et libertés dans l'entreprise est souvent imputée aux lois Auroux du 4 août 1982, l'Histoire démontre que leurs diffusions avaient déjà été intégrées dans de nombreuses entreprises. À titre d'illustration, le Code civil de 1804 est un projet politique qui ambitionnait de consolider l'ordre social établi au lendemain de la Révolution française en protégeant la liberté individuelle. Pour autant, le Code civil demeure très pauvre sur la question du travail. À cette époque, on ne recense tout au plus que quatre articles en la matière. En matière de relation de travail, les réglementations de police du travail sont l'essentiel de la législation applicable en sus des règlements d'atelier. À en croire la doctrine comme Alain Cottereau, ces règlements ne concernaient pas uniquement les restrictions des droits des travailleurs. À l'évidence, si certains règlements d'atelier faisaient état d'un pouvoir juridique incontestable du patron, certains d'entre eux cherchaient à en légitimer ce pouvoir en concédant, par des accords, des libertés pour les travailleurs.

115. La pénétration du droit du travail par les droits et libertés intervient à partir des années 1980 à l'occasion du célèbre arrêt *société des peintures corona* du 1^{er} février 1980 selon lequel le Conseil d'État fait œuvre de son pouvoir créateur en précisant qu'« *eu égard à l'atteinte qu'elles portent aux droits de la personne, les dispositions du règlement intérieur excèdent par leur généralité l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait légalement imposer* »¹⁰⁰. Ainsi, le règlement intérieur ne peut pas porter atteinte de manière excessive aux droits et libertés des salariés par le biais du règlement intérieur. La loi du 4 août 1982 « *relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise* » consacre l'arrêt *corona* au sein d'un article L.122-35 du Code du travail.

⁹⁹ Centre national de ressources textuelles et lexicales : patron, [En ligne], consulté le 12 mai 2022 : <https://www.cnrtl.fr/etymologie/patron>.

¹⁰⁰ CE., 1^{er} février 1980, *Société des peintures corona*, Dr. Soc., 1980, p.310, concl. A. BACQUET.

116. Introduit par un amendement parlementaire à la loi du 31 décembre 1992 faisant suite au rapport de Gérard Lyon-Caen¹⁰¹, le législateur a introduit l'ancien article L.120-2 du Code du travail (nouvellement L.1121-1) en élargissant le domaine de l'article L.122-35 à l'ensemble du pouvoir de l'employeur et durant toute la relation de travail en abandonnant la logique d'indemnisation pour une logique de sanction. En effet, auparavant, l'adage selon lequel « *pas de nullité sans texte* » était au demeurant applicable en la matière fixant alors un coût pour l'employeur à la violation des droits et libertés dans l'entreprise.

117. Depuis lors, le droit du travail s'est en effet transformé. L'émancipation du travailleur dans la relation de travail passe dorénavant par un changement de paradigme, au-delà d'être un salarié et donc, sous la subordination de l'employeur, il est également un citoyen. À ce titre, dans l'entreprise comme dans la société, le salarié jouit de ses droits et libertés au risque de limiter les libertés de l'employeur, telle que la liberté d'entreprendre par exemple.

B. La protection des droits et libertés individuels des salariés du secteur privé

118. D'emblée, l'article L.1121-1 du Code du travail dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». L'article L.1121-1 du Code du travail constitue l'assise principale en ce qui concerne l'intégration des droits et libertés des salariés dans l'entreprise dont la jurisprudence ne cesse d'en étendre la portée.

119. D'abord, il convient de préciser que l'article L.1121-1 du Code du travail constitue une règle de gouvernance générale du droit du travail en ce qu'elle s'applique à tous les acteurs de l'entreprise. « *Nul* », c'est par ce terme que démarre l'article L.1121-1, visant ainsi l'ensemble de la communauté de travail. L'atteinte aux droits et libertés des travailleurs, au rang desquelles se trouve la liberté religieuse, ne peut alors émaner en principe ni d'un collègue de travail, ni du supérieur hiérarchique. Étant entendu que l'article L.1121-1 ne vise pas de relation verticale.

¹⁰¹ LYON-CAEN (G.), *Les libertés publiques et l'emploi*, rapport, La documentation française, décembre 1992, p. 1.

120. Encore, l'article L.1121-1 du Code du travail ne vise aucune action ou omission qui pourrait porter atteinte à la liberté religieuse des salariés. Plus encore, l'article tend à englober toutes les décisions et plus généralement toutes les actions ou omissions qui pourraient porter atteinte à la liberté religieuse des salariés et de façon plus large, aux droits et libertés des salariés. C'est pour cette raison que l'employeur ne peut en principe pas, surveiller l'activité des salariés par un dispositif spécifique de surveillance sans avoir préalablement informé le salarié et le comité social et économique, encore faut-il que ce dispositif soit justifié par un objectif légitime et proportionné au but recherché¹⁰².

121. L'article L.1121-1 du Code du travail est le point culminant entre tous les droits et les toutes les libertés dont le salarié jouit dans l'entreprise et qu'il est susceptible d'exercer au cours de la relation de travail. Dès lors que la liberté religieuse est protégée dans l'entreprise à travers le dispositif de l'article L.1121-1 du Code du travail, une entreprise privée ne peut invoquer par exemple, le principe de laïcité pour limiter l'exercice du libre culte, et ce, qu'il s'agisse des salariés de l'entreprise ou encore des clients de celle-ci. Étant entendu que ces derniers sont régis par des dispositions spécifiques qui ne ressortent pas du Code du travail. Si la liberté religieuse s'en trouve protégée au même titre que les autres libertés dans l'entreprise, celle-ci ne peut faire l'objet de restrictions justifiées et proportionnées au but recherché. Ainsi, il est, à de nombreuses reprises, rappelé que le principe de laïcité n'est pas applicable aux entreprises du secteur privé. Cela ressortait déjà de l'arrêt *Baby loup* et de l'arrêt CPAM, tous deux du 19 mars 2013¹⁰³.

122. Dans son commentaire de l'arrêt *Babyloup*, Danielle Corrignan-Carsin écrivait qu'« *en l'état actuel des textes et en dépit de sa mission d'intérêt général, l'association ne pouvait revendiquer l'extension des obligations de laïcité et de neutralité propre au secteur public* »¹⁰⁴. Position reprise d'ailleurs par le Conseil économique, social et environnementale¹⁰⁵. C'était

¹⁰² Cass, soc., 20 novembre 1991, *op. cit.* ; Cass, soc., 10 novembre 2021, n°20-12.263.

¹⁰³ CROUZATIER-DURAND (F.), « L'affaire Babyloup, un point sur la laïcité dans les services publics locaux », *Revue Lamy collectivités territoriales*, 2014, p. 102.

¹⁰⁴ CORRIGNAN-CARSIN (D.), « Entre laïcité et liberté religieuse, l'art difficile du compromis », *JCP, éd. G*, n°19-20, 6 mai 2013, p.937.

¹⁰⁵ Conseil économique, social et environnemental, Avis sur le fait religieux en entreprise, novembre 2013, p. 19.

précisément l'argument de la défenderesse en la matière. De plus, elle invoquait qu'une restriction à la liberté religieuse devait être justifiée eu égard au dispositif de l'article L.1121-1 du Code du travail. Sur ce point, l'arrêt d'assemblée plénière de la Cour de cassation intervient dans le prolongement de la saga dite *Babyloup*, tout en écartant la notion d'entreprise de tendance, admet le principe de la restriction de la liberté religieuse au visa de l'article L.1121-1 du Code du travail. La position de l'assemblée plénière conforte celle prise par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁶.

123. Il résulte de l'article L.1121-1 du Code du travail que les restrictions apportées aux droits et libertés dans l'entreprise, dont la liberté religieuse, constitue l'exception pour laquelle la protection en est la règle de principe. C'est ce qu'est venue préciser la chambre sociale de la Cour de cassation et ce, à de nombreuses reprises. Cela s'explique notamment en ce que l'employeur n'est pas le juge des pratiques religieuses de ses salariés¹⁰⁷.

124. Si l'employeur n'est pas le juge des pratiques religieuses, c'est qu'il ne peut pas, en principe trancher une situation avec comme fondement, les pratiques ou les convictions religieuses des salariés de l'entreprise à peine de tomber sous le coup de la discrimination.

II. Le principe de non-discrimination comme vecteur de protection de la liberté religieuse

125. Lorsqu'il s'agit d'appréhender le principe de non-discrimination comme vecteur de protection des salariés, il est nécessaire de revenir sur une réalité, celle de « l'intersectionnalité ». En effet, lorsqu'il s'agit d'interdire ou de restreindre l'expression d'une croyance, celle-ci intervient nécessairement au soutien d'une autre discrimination. En somme, la législation relative à la restriction de l'expression des convictions religieuses intervient au carrefour des discriminations (A) alors que le droit apporte une réponse uniforme, celle de la non-discrimination religieuse (B).

¹⁰⁶ CJUE, 14 mars 2017, *AADH c. Micropole SA*, aff. C-188/15.

¹⁰⁷ Cass, soc., 19 janvier 2022, n°20-14.014.

A. L'expression d'une pratique religieuse au carrefour des discriminations

126. Pour comprendre la position d'un groupe d'individus par rapport à un système, l'intersectionnalité est d'un grand secours. La notion « d'intersectionnalité » est un terme qui a été développé dans le début des années 1980 par la juriste américaine Kimberlé Grenshaw pour décrire un phénomène des discriminations multiples. À ce titre, Adrienne Rich soulignait ainsi comment les femmes noires, les femmes homosexuelles ou les femmes ouvrières étaient exclues des différentes luttes. L'intersectionnalité a alors été brandie comme l'une des plus importantes contributions des études féministes. En somme, cette notion permet d'appréhender les différentes discriminations subies par une même personne, plusieurs discriminations qui se rejoignent à un point d'ordre, celui de l'intersection des discriminations. En restituant le concept d'intersectionnalité dans le contexte de neutralité religieuse au sein des entreprises privées est difficile à établir tant il est intéressant de s'assurer du caractère inédit d'une telle démarche mais permet d'appréhender des difficultés d'application du droit.

127. L'article L.1132-1 du Code du travail établit une liste de fondements discriminatoires au rang desquels figurent notamment le sexe, son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race ou encore de ses convictions religieuses. Pris séparément, il n'existe que très peu de difficulté d'application si ce n'est la preuve de l'existence même de la mesure discriminatoire. Néanmoins, lorsqu'il convient d'appliquer plusieurs motifs, le bât blesse. En effet, en matière de discrimination fondée sur des convictions religieuses, d'autres motifs discriminatoires peuvent intervenir. À ce titre, la question du voile islamique, au cœur de nombreux débats publics, mais aussi de controverses jurisprudentielles, est au cœur de cette approche intersectionnelle.

128. En matière de voile, la jurisprudence applique la législation relative aux droits et libertés d'une part, prévue à l'article L.1121-1 du Code du travail mais aussi de la non-discrimination fondée sur les convictions religieuses. Toutefois, le voile islamique est un signe ostentatoire porté exclusivement par les femmes. Pourtant, la jurisprudence se refuse à appliquer en la matière la

discrimination fondée sur le sexe de la personne¹⁰⁸. Partant du constat que le voile constitue un signe distinctif de religion, le sexe de la personne l'arborant paraît alors dissimulé derrière ce morceau de tissu. Alors que l'approche intersectionnelle permet d'appréhender cette question, ce concept n'a pas été appliqué en droit interne et fait l'objet de nombreuses réticences auprès des Cours européennes¹⁰⁹. Pourtant, la question du voile est une des illustrations de cette intersectionnalité. En effet, le voile est au carrefour des discriminations fondées tant sur le sexe de la personne qui est tout autant facilement identifiable que sur l'origine de la personne. Les convictions religieuses correspondent à un motif prohibé par l'article L.1132-1 du Code du travail. Néanmoins, ce motif s'inscrit, comme lorsqu'il s'agit de la discrimination fondée sur le sexe, au sein d'une interconnexion des discriminations.

129. Au-delà de l'étroitesse des liens unissant la discrimination religieuse de la discrimination fondée sur le sexe, le voile intervient également sur la discrimination fondée sur la race de la personne, pour reprendre les termes de l'article 1^{er} de la Constitution. En effet, les convictions religieuses renvoient « à bien autre chose qu'à des dissensions d'ordre théologiques »¹¹⁰ mais aussi à l'origine ethnique des croyants dans la mesure où l'islam est, en partie, celle d'une minorité nationale issue de l'immigration au même titre que le patronyme qui renvoie nécessairement à une ethnie. Ainsi, l'approche intersectionnelle amènerait à prendre en compte la religion au même titre que « la race » prétendue dans l'appréhension de la discrimination. Ainsi, certains auteurs invitent à prendre en compte la notion de discrimination raciale indirecte qui permettrait d'appréhender les désavantages pesant sur les personnes d'origine maghrébine en ce qui concerne la législation relative au voile. Au Royaume-Uni par exemple, « la commission pour l'égalité raciale » (*commission for racial equality*), a affirmé que l'interdiction du voile dans les écoles publiques était une discrimination raciale indirecte dès lors qu'elle affectait de manière indirecte et de façon disproportionnée, une population, un groupe ethnique minoritaire.

¹⁰⁸ CEDH, 15 février 2001, *Dahla c. Suisse*, n°42383/98.

¹⁰⁹ MOIZARD (N.), « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple. Note sous CJUE, 24 novembre 2016, C-443/15, Davide L. Parris », *RDT*, 2017, p. 267 ; LANGLAIS C., *op. cit.*, n° 15.

¹¹⁰ CALVÈS (G.), « Introduction. Les discriminations fondées sur la religion : quelques remarques sceptiques », *Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe*, LAMBERT ABDELGAWAD E. et RAMBAUD T. (dir.), Société de Législation comparée, Collection Colloques, 2011. p. 13.

130. La mise en évidence du caractère discriminant sur le fondement du sexe ou de la race, présente un intérêt plus avantageux que celle fondée sur la discrimination religieuse. En effet, si la différence de traitement fondée sur la religion peut être justifiée, d'autant plus au regard de l'actualité légale ou jurisprudentielle en la matière, la différence de traitement fondée sur le sexe ou l'origine ethnique vraie ou supposée est plus difficilement justifiable « *dans une société démocratique contemporaine, fondée sur les principes du pluralisme et du respect de la diversité culturelle* »¹¹¹ que la Cour européenne qualifie d'ailleurs comme « *particulièrement odieuse* »¹¹². Enfin, il conviendra de souligner les termes selon lesquels, d'Étienne Balibar rappelle que « *les catégories ainsi repérées [les catégories d'origine, de race et de religion au sein de l'article 1^{er} de la Constitution de 1958] ne sont pas, en réalité, disjointes : ni en théorie, ni surtout en pratique* »¹¹³.

B. La protection des salariés contre la discrimination

131. Lors de son discours préparatoire à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, Sieyès disait qu'il existe « *il est vrai, de grandes inégalités de moyens parmi les hommes. La nature fait des forts et des faibles ; elle répartit aux uns une intelligence qu'elle refuse aux autres. Il suit qu'il y aura entre eux inégalité de travail, inégalité de produit, inégalité de consommation ou de jouissance ; mais il ne suit pas qu'il puisse y avoir inégalité de droit* »¹¹⁴. La lutte contre les discriminations révèle un combat tant moral que juridique. La discrimination décrit le traitement préjudiciable d'un individu ou d'un groupe en fonction de ce qu'ils sont supposés être. Autrement dit, le principe de non-discrimination tend à égaliser les individus en droit.

¹¹¹ CEDH, 13 mars 2006, *Timichev c. Russie*, n°55762/00 §58.

¹¹² CEDH, 13 mars 2006, *Timichev c. Russie*, n°55762/00 §56.

¹¹³ BALIBAR (E.), « *le mot race n'est pas "de trop" dans la Constitution française* », in BONNAFOUS (S.), HERSZBERG (B.), et ISRAEL (J.-J.), (dir.), *Sans distinction de ...race*, Université Paris XII-Val de Marne et Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Mots les langages du politique, 1992, p.249.

¹¹⁴ Sieyès, discours préparatoire à la Déclaration des droits de l'Homme, cité dans le colloque du défenseur des droits des 10 ans de droit de la non-discrimination, octobre 2015 p.6.

132. Plus encore, le principe de non-discrimination fournit « *des solutions opératoires auxquelles l'égalité seule ne pourrait parvenir* »¹¹⁵. En effet, le principe de non-discrimination tend à l'égalité juridique entre les individus parce que la République « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Comme le soulignait Tocqueville, « *les peuples démocratiques (...) ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle et invincible* »¹¹⁶. Clef de voûte des démocraties, le principe d'égalité est en effet une garantie du principe de non-discrimination. À ce titre, les discriminations se caractérisent par une différence de traitement injustifié et ce fondé sur des motifs variés tels que les convictions religieuses.

133. Au-delà de la sphère publique, le champ des discriminations s'est étendu. Pourtant, de nombreux ouvrages et de publications universitaires éludent cette problématique tant celle-ci fâche et ne convainc pas unanimement la sphère politique et universitaire. Peut-être, cet oubli se justifie en ce que la discrimination religieuse est encore très débattue dans la sphère publique. En effet, pour d'aucuns, la discrimination religieuse refléterait un droit de critique envers la religion en oubliant la distinction entre la critique religieuse ou le blasphème couvert par la liberté d'expression et la discrimination des croyants en raison des convictions religieuses. À ce titre, l'article L.1132-1 du Code du travail prévoit qu'aucune personne ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte sur le fondement d'une liste arrêté par l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 dans laquelle figure tant l'orientation sexuelle, l'ethnie ou encore les convictions religieuses de l'individu.

134. Pour ce faire, l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008¹¹⁷ définit la discrimination directe comme la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable et ce sur le fondement d'un des motifs précités. La discrimination indirecte quant à elle, est définie comme « *une disposition, un critère*

¹¹⁵ HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, 2003, p.18.

¹¹⁶ DE TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique*, t. 2, GF-Flammarion, 1981, Paris, P.122.

¹¹⁷ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes ». En définitive, la loi interdit formellement à l'employeur d'arrêter ses décisions notamment en matière de licenciement, d'avancement ou autres sur le fondement notamment des convictions religieuses du salarié. Plus encore, il pèse sur l'employeur une obligation de neutralité à l'égard des convictions religieuses des salariés. Ainsi, lors de l'embauche, l'employeur ne peut interroger les candidats à l'emploi sur leurs convictions religieuses¹¹⁸ ou encore sur les pratiques alimentaires. Cette obligation de neutralité s'impose à l'employeur tout au long de la relation de travail. En principe, une mesure prise par l'employeur sur le fondement des convictions religieuses tombe sous le coup de la discrimination qu'elle soit directe ou indirecte.

135. Dans un arrêt du 8 juillet 2020¹¹⁹, la Cour de cassation a jugé discriminatoire, le licenciement d'un salarié en raison du refus de raser sa barbe, prise de ce que l'employeur considérait comme l'expression d'une conviction religieuse alors qu'il ne démontrait aucun objectif légitime de sécurité du personnel et des clients afin de justifier d'une telle demande. Il est à noter que dans le cas d'espèce, l'employeur se fait juge des convictions religieuses en associant arbitrairement le port d'une barbe à une religion déterminée. Pourtant, selon un sondage réalisé par OpinionWay¹²⁰, 92% des hommes de 25 à 34 ans portent une barbe. Plus qu'une mode ou l'expression d'une conviction religieuse, celle-ci constitue un élément de masculinité.

136. Penser la religion en entreprise suppose alors nécessairement de penser la discrimination qui est au cœur des politiques publiques depuis les années 1970. Elle nécessite de s'interroger sur le mythe républicain afin d'analyser le décalage entre les principes et la réalité de la pratique en entreprise. Encore, le droit intervient au secours de ces principes notamment par les mécanismes de sanction existants.

¹¹⁸ Cass, soc., 17 octobre 1973, n°72-40.360, Bull. V, n°484 : Le fait pour un salarié de dissimuler, lors de son embauche comme ouvrier, son état de prêtre ne peut être un motif de licenciement.

¹¹⁹ Cass, soc., 8 juillet 2020, n°18-23.743.

¹²⁰ Sondage réalisé par OpinionWay pour Bic Shave Club, publié le 15 juin 2018, [En ligne] : <https://cp.itrpress.com/2018/2018-06-15-cp-etude-opinionway-bicshaveclub-final.pdf>.

Section 2 : La sanction de l'atteinte illicite à la liberté religieuse des salariés dans les entreprises privées

137. Tant pour l'atteinte aux droits et aux libertés jugés illicite qu'en présence d'une discrimination fondée notamment sur les convictions religieuses, le droit apporte une réponse à deux vitesses. D'abord, la sanction civile intervient pour rétablir la victime dans ses droits (I), ensuite, la sanction pénale comme sanction de l'auteur de l'infraction pénale au soutien des intérêts de la société (II).

I. La sanction civile comme sanction de l'atteinte au for intérieur des salariés

138. En présence d'une mesure jugée illicite par les juges du fond en ce qu'elle tant à la violation de la liberté religieuse des salariés ou, discriminatoire, la mesure encourt la nullité. La nullité peut donc se définir comme étant une sanction aboutissant à la disparition rétroactive d'un acte ou d'une mesure. Dès lors, il convient de distinguer le prononcé de la nullité comme sanction de la violation des droits et des libertés (A) de ses effets sur la relation contractuelle tant théoriques que pratiques (B).

A. La nullité comme sanction civile de l'atteinte illicite à la liberté religieuse

139. La nullité pourrait s'analyser comme étant « *la sanction des injustices établies* » pour reprendre les termes d'Anatole France. La remise en cause d'une mesure prise par l'employeur par le biais du prononcé de la nullité est toujours considérée comme étant une sanction grave. À ce titre, l'action en nullité doit toujours être soumise à l'autorité judiciaire qui pourra à elle seule, prononcée la nullité¹²¹ d'une mesure prise par l'employeur.

¹²¹ DELBECQUE (P.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, responsabilité civile, contrat*, Litec, 2^e ed. Corrigée, 1998, P.97

140. Selon G. Couturier, « *il s'agit bien sûr de différentes manières de comprendre ce que c'est que la nullité : l'état dans lequel se trouve l'acte juridique en raison du défaut qui l'affecte, un droit de critique entendu simplement et directement comme la faculté d'échapper aux effets de l'acte en cause ou encore un droit de critique entendu comme le droit de demander au juge de procéder à l'annulation.*¹²² » L'annulation d'une mesure prise par l'employeur, revête d'une grande importance en matière de violation des droits et des libertés des salariés ou lorsque celle-ci repose sur un fondement discriminatoire.

141. Si la liberté religieuse est une liberté fondamentale et qu'une mesure prise sur le fondement de la religion constitue une discrimination, qu'elle soit directe ou indirecte, la nullité est toujours encourue. En effet, l'article L.1132-4 du Code du travail dispose que « toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul ». Autrement dit, toute sanction prise sur le fondement des convictions religieuses des salariés est illicite et par conséquent, nulle. Plus particulièrement, lorsqu'il s'agit de prendre une mesure de licenciement, l'atteinte à la liberté religieuse constitue une part importante des cas de nullité.

142. En application de l'article L.1235-3-1 du Code du travail, est nul le licenciement intervenu notamment pour un motif discriminatoire, en lien avec des faits de harcèlement moral ou sexuel ou encore lorsque celui-ci est prononcé en violation d'une liberté fondamentale. La nullité caractérisée par la violation d'une liberté fondamentale trouve son origine dans une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 13 mars 2001, l'arrêt France Télécom, dans lequel la Cour précise que « *la rupture du contrat de travail a l'initiative de l'employeur n'ouvre droit pour le salarié, dès lors qu'aucun texte n'interdit, ou ne restreint la faculté de l'employeur, de le licencier, qu'à des réparations de nature indemnitaire ; il en résulte que le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement* ». En l'espèce, la Cour refuse d'appliquer la nullité du licenciement intervenu après l'action en requalification du contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée. En soi, la solution est rendue au regard de la logique indemnitaire du licenciement.

¹²² COUTURIER (G.), « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation » in *Le contrat au début du XXIème siècle : Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, Paris, 2001, p. 274.

143. Il a fallu attendre l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 pour qu'une liberté fondamentale puis faire l'objet d'une nullité en application d'une règle juridique textuelle. D'ailleurs, les droits et libertés pouvant être qualifiés de fondamentaux dès lors qu'ils ont un caractère essentiel pour l'individu. Difficile ici, de ne pas y voir la liberté religieuse qui relève tant du for extérieur que du for intérieur de l'individu. En effet, la liberté religieuse se trouve confortée par de nombreux textes nationaux et supranationaux.

144. Néanmoins, il convient de nuancer ce propos. Il y a des situations dans lesquelles une mesure prise par l'employeur peut être justifiée. Tel est le cas du licenciement du salarié qui s'absente pour une fête religieuse sans autorisation de l'employeur. Encore, le licenciement d'un boucher de confession musulmane en raison du refus de celui-ci d'être en contact avec de la viande de porc et donc n'exécutait plus une grande partie de ses obligations contractuelles pour lesquelles il était embauché¹²³. De plus, le prosélytisme étant interdit, le salarié qui se livre à la lecture de la bible et à distribuer des prospectus des témoins de Jéhovah pendant l'exécution de son travail commet une faute pouvant justifier le licenciement¹²⁴.

145. En somme, le juge du fond se livre à une appréciation souveraine des faits permettant de justifier ou non, de manière objective, la mesure prise par l'employeur à l'encontre d'un salarié dont la religion entre dans le champ contractuel.

146. Si la nullité a pour objet de sanctionner l'atteinte illicite aux droits et libertés, sa principale conséquence réside en l'anéantissement de la mesure. Pour autant, la nullité d'une mesure entraîne pour le salarié l'obtention de droit afférant à la nullité.

¹²³ Cass, soc., 24 mars 1998, n°95-44.738.

¹²⁴ CPH, Toulouse, 9 juin 1997.

B. Les conséquences de la nullité de la mesure attentatoire à la liberté religieuse

147. Lorsqu'une mesure est jugée nulle, celle-ci est considérée comme n'avoir jamais existé. En effet, la nullité replace rétroactivement le salarié dans la situation dans laquelle il était avant que n'intervient ladite mesure.

148. En droit commun des contrats, la nullité est une sanction qui frappe un acte juridique qui sanctionne l'inobservation des conditions nécessaires à la validité du contrat.¹²⁵ La nullité entraîne alors la disparition rétroactive de l'acte. En droit du travail, le contrat de travail constitue un contrat avec ses spécificités, mais demeurant soumis aux règles de droit commun. D'ailleurs, l'article L.1221-1 du Code du travail dispose que « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter* ». Si le contrat de travail est soumis au droit commun, alors les sanctions de l'inobservation des règles régissant le contrat sont soumises aux mêmes règles juridiques. Néanmoins, le contrat de travail et les sanctions afférentes présentent des spécificités propres. À ce titre, lorsqu'il convient de s'intéresser aux effets de la nullité en droit commun, il faut se référer à l'article 1178 du Code civil, lequel dispose que « *les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9* ». Difficile ici d'envisager une restitution de la force de travail du salarié.

149. Alors, la nullité en droit du travail présente des effets propres. Parmi ces effets, la nullité d'une mesure discriminatoire ou attentatoire aux droits et libertés, donne lieu à deux effets principaux : la réintégration et les conséquences indemnitaires.

150. D'abord, la réintégration est l'effet « naturel » de la nullité. En effet, si la mesure est nulle et est censée n'avoir jamais existé, alors, le salarié doit faire l'objet d'une réintégration dans la situation dans laquelle il était préalablement à la mesure illicite. Selon Serge Braudo, « *en droit du travail, la "réintégration" est l'acte par lequel un salarié dont le contrat était suspendu reprend sa place dans l'entreprise* ». En somme, la réintégration du salarié est un acte par lequel le salarié retrouve sa place précédemment occupée dans l'entreprise.

¹²⁵ Article 1128 du Code civil.

151. D'ailleurs, l'article L.1235-1 du Code du travail prévoit, tout en excluant l'application du barème macron, que « *lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité* ». Par ces dispositions prévues par la négative, il est aisé d'admettre que la réintégration est une option pour le salarié discriminé en raison de ses convictions religieuses ou lorsque sa liberté religieuse a été violée de manière injustifiée et disproportionnée.

152. En somme, contrairement à la règle posée par l'article L.1235-3 du Code du travail qui subordonne la réintégration à l'accord de l'employeur, la nullité permet au juge d'ordonner la mesure de réintégration. Dans ce cas, l'employeur doit réintégrer le salarié, sauf s'il se trouve dans l'impossibilité absolue d'y procéder, dans son emploi ou un emploi équivalent¹²⁶.

153. À cet effet, la Cour de cassation interprète de façon stricte les cas d'impossibilité de procéder à la réintégration lorsque celui-ci le demande. Ainsi, l'employeur ne peut objecter à la demande de réintégration le fait d'avoir confié les missions à un prestataire¹²⁷, encore, l'employeur ne peut arguer « du caractère artificiel et déloyal de la demande du salarié »¹²⁸. L'employeur doit loyalement rechercher un poste équivalent pour le salarié qui demande sa réintégration. Au besoin, celui-ci doit étendre aux autres secteurs géographiques sa recherche¹²⁹. Le seul fait que le salarié soit entré au service d'un autre employeur, ne le prive pas de son droit à réintégration¹³⁰.

154. Enfin, aux termes de l'article L.1235-3-1 du Code du travail, lorsque la réintégration du salarié victime d'une atteinte à ses droits et libertés ou discriminé est impossible, celui-ci a droit à une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

¹²⁶ Cass, soc., 24 juin 1998, n°95-44.757.

¹²⁷ Cass, soc., 14 septembre 2016, n°15-15.944.

¹²⁸ Cass, soc., 7 février 2018, n°16-24.834.

¹²⁹ Cass, soc., 18 février 2016, n°14-23.155.

¹³⁰ Cass, soc., 10 février 2021, n°19-20.397.

155. Lorsque le salarié sollicite sa réintégration, celui-ci a droit à une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration. Toutefois, la demande de réintégration ne doit pas intervenir tardivement de façon abusive. Dans ce cas, le salarié n'aura droit « qu'à la rémunération qu'il aurait perçue du jour de sa demande de réintégration à celui de sa réintégration effective »¹³¹.

156. En somme, la nullité et ses conséquences, comme sanction de l'atteinte à la liberté religieuse du salarié ou en cas de discrimination directe ou indirecte sur le fondement des convictions religieuses, a vocation à réparer l'entier préjudice subi par le salarié. À ce titre, celui-ci bénéficie en sus, du droit à la réparation intégrale du préjudice distinct, de l'indemnité légale ou conventionnelle de licenciement. En pratique, la réintégration est rarement mise en œuvre. En effet, il est difficilement envisageable pour un salarié dont l'employeur refuse les pratiques religieuses, de réintégrer l'entreprise.

II. La sanction pénale comme rétribution de l'atteinte portée à l'ordre social

157. En incriminant une conduite, un comportement, et en y attachant une sanction, la loi pénale impose des interdictions. La peine inflige alors un traitement à un comportement aux fins de rétribution. Pour cela, il conviendra de revenir sur les éléments constitutifs de l'infraction pénale (A) avant de revenir particulièrement sur les infractions, certes plus limitées, prévues par le Code du travail (B).

¹³¹ Cass, soc., 13 janvier 2021, n°19-14.050.

A. Les infractions pénales relatives à la discrimination fondée sur les convictions religieuses

158. Traditionnellement, il est admis que le droit pénal et la religion ont des relations « *d'attirance-répulsion* »¹³². Il est vrai que le droit pénal nourrit des liens distants avec la religion notamment lorsqu'il refuse de réprimer des actes pourtant réprouvés par certaines religion comme le suicide, l'adultère, l'interruption volontaire de grossesse ou encore l'hérésie par exemple. Lien indissociable pourtant, la loi pénale protège les croyants à travers notamment sa législation de lutte contre les discriminations.

159. Le Code pénal, contrairement au Code du travail, appréhende la discrimination comme étant une atteinte à la dignité de la personne humaine. Pour rappel, dans sa décision Bioéthique, du 27 juillet 1994¹³³, le Conseil constitutionnel a déduit le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation sur le fondement du préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que le peuple français proclame à nouveau que « *tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ». En somme, la dignité humaine signifie, selon Emmanuel Kant, le fait pour la personne humaine de ne pas être traitée comme un moyen, mais toujours comme une fin en soi. Parmi les atteintes à la dignité humaine figure alors, la discrimination, moyen de dégradation de la personne humaine.

160. À ce titre, le Code pénal érige les discriminations tantôt comme des circonstances aggravantes de certaines infractions comme les violences physiques ou verbales, et tantôt comme des délits autonomes. Ces derniers sont prévus à l'article 225-1 du Code pénal qui dispose que « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement [notamment] de leur origine, de leur sexe (...) de leur appartenance ou de leur non-*

¹³² MESSNER (F.), PRELOT (P.H.), et WOEHLING (J.M.), *Traité de droit français des religions*, Paris, Litec, 2003, p.529.

¹³³ Cons, const., 27 juillet 1994, *Loi bioéthique*, n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994 loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée ». Non loin de la définition donnée par le Code du travail, le Code pénal crée un lien étroit avec le monde du travail notamment à l'article 225-2 qui réprime le fait notamment de « *refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne* ». Ainsi, le droit pénal de la discrimination intervient au soutien du droit du travail dans la protection des droits et libertés et de l'égalité de traitement. Ainsi, l'annonce de recherche d'emploi ainsi rédigée « *dentiste française sœur musulmane récemment diplômée, recherche dentiste musulmane pour collaboration* »¹³⁴ constitue l'élément matériel de l'infraction pénale de la discrimination ou lorsque le licenciement repose sur un motif racial dès lors qu'il a été démontré que l'employeur a déclaré à deux reprises « *deux blacks, ça ne va pas* »¹³⁵.

161. Le délit pénal de discrimination constitue un délit intentionnel qui suppose, contrairement au droit du travail, la volonté chez l'agent de discriminer la victime. Ainsi, il doit être animé d'une intention discriminatoire. Certains auteurs comme Aubin et Joly, considèrent toutefois que l'intention, qui doit être établie, est l'intention de discriminer, c'est-à-dire, la volonté de créer une inégalité de fait ou de droit. Dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, la Cour a considéré que l'intention doit s'entendre de l'intention de nuire aux droits d'un salarié¹³⁶

162. Encore, proche de l'article L.1132-1 du Code du travail, l'article 225-3 du Code pénal érige des motifs légitimes permettant d'échapper à la sanction pénale tel que le refus d'embauche ou le licenciement en raison de l'état de santé ou du handicap n'est pas discriminatoire, lorsqu'il est fondé sur l'inaptitude médicale de la personne constatée dans les conditions prévues par le Code du travail et les lois relatives à la fonction publique.

163. Si la discrimination religieuse est retenue pour les distinctions fondées sur l'appartenance vraie ou supposée à une religion, l'article 225-1 du Code pénal ne s'applique pas aux différences de traitement fondées sur l'appartenance à des mouvements spirituels qui ne constituent pas de véritables religions¹³⁷.

¹³⁴ TGI Paris, 19 décembre 1991, *Gaz. Pal.*, 31 janvier – 1^{er} février 1996, p. 31

¹³⁵ T. corr. Paris, 28 mai 1998 : *Gaz. Pal.* 1999. 1, chron. Crim. 6, par DOUCET.

¹³⁶ Cass, crim., 14 novembre 2006, n°05-85.565

¹³⁷ CA Paris, 25 mars 1996 : *Juris-Data* n°1996-020719.

164. Ainsi, il n'est pas rare de voir des groupements exclus du bénéfice du principe de non-discrimination réprimé par le Code pénal comme les témoins de Jéhovah pourtant jugé discriminatoire par la Cour de Strasbourg¹³⁸.

165. En droit du travail, pourtant, la Cour de cassation s'est toujours refusée à se faire juge des pratiques religieuses¹³⁹. Prudence toutefois, le droit lui-même ne définit pas la notion de religion au regard du principe de laïcité découlant des articles 1^{er} et 2 de la loi du 9 décembre 1905.

166. Pour faire valoir son droit à la protection contre la discrimination, la victime doit encore prouver la discrimination. Ainsi, que l'action soit présentée devant les juridictions civiles ou pénales, il revient à la victime d'apporter la preuve et c'est sur ce point d'ailleurs, qu'une distinction est marquée. Obstacle de taille, la preuve de la discrimination relève d'un défi important pour actionner le levier de la protection.

B. Les sanctions pénales prévues par le Code du travail

167. Contrairement aux textes d'incrimination à vocation générale prévus par le Code pénal, le Code du travail est quant à lui toutefois assez limité dans le champ d'application. En effet, les textes répressifs du Code du travail demeurent restreints.

168. À la lecture du Code du travail, celui-ci ne semble pas traiter de toutes les formes de discriminations pourtant prévues à l'article L.1132-1 du Code du travail. En effet, il semble que le Code du travail ne prévoit de répression pénale qu'en cas de discrimination fondée sur le sexe du travailleur et les infractions pénales prévues en matière d'entrave aux institutions représentatives du personnel et syndicale. Le droit pénal du travail s'est construit autour de strates successives à deux vitesses. Dans un premier temps, les infractions prévues au Code du travail sont très limitées alors que dans un second temps, les règles non-répressives visant à lutter contre les discriminations prennent de l'ampleur sous l'impulsion du droit communautaire.

¹³⁸ CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, aff. N°14307/88.

¹³⁹ En ce sens, V. Cass, soc., 19 janvier 2022, n°20-14.014.

169. Les infractions prévues dans le Code du travail se concentrent essentiellement sur deux catégories de comportement. D'une part, les différences de traitement reposant sur les activités syndicales et celles relatives au sexe ou à la situation de famille.

170. L'actuel article L.2146-2 du Code du travail réprime le fait de prendre en considération l'appartenance ou la non-appartenance syndicale pour arrêter ses décisions¹⁴⁰ à une peine d'une amende de 3 750 euros. Celle-ci est portée à un an d'emprisonnement et d'une amende de 7 500 euros en cas de récidive. Même si les peines d'emprisonnement ne sont que très rarement prononcées. L'adverbe « notamment » permet d'englober de nombreux comportements et autorise le juge pénal à enrichir une liste déjà fournie par le législateur et l'adapter aux évolutions sans lui objecter la méconnaissance du principe d'interprétation stricte de la loi pénale¹⁴¹. Parmi ces infractions aux activités syndicales, le Code pénal relève d'éléments permettant de sanctionner l'entrave aux représentants du personnel dans l'exercice de ses missions ou dans sa constitution, ou encore à l'exercice du droit syndical. Cette répression est d'ailleurs prévue tant dans le Code pénal que dans le Code du travail. Pour autant, elle se confronte alors à un problème en matière de qualification de l'infraction, eu égard aux comportements réprimés¹⁴².

171. Encore, le Code du travail connaît une autre discrimination réprimée au titre du droit pénal du travail relative au harcèlement et plus généralement aux agissements sexistes et sexuels. En la matière, le Code pénal regorge d'éléments permettant sa caractérisation et sa répression. En effet, l'article L.1155-2 du Code du travail prévoit notamment que « sont punis d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 3 750 € les faits de discriminations commis à la suite d'un

¹⁴⁰ L'alinéa 1^{er} de l'article L.2141-5 du Code du travail dispose que : « *Il est interdit à l'employeur de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en matière notamment de recrutement, de conduite et de répartition du travail, de formation professionnelle, d'avancement, de rémunération et d'octroi d'avantages sociaux, de mesures de discipline et de rupture du contrat de travail* ».

¹⁴¹ Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale prévu à l'article 111-4 du Code pénal qui interdit au juge pénal de raisonner par analogie.

¹⁴² Depuis un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 25 avril 1973, la Cour considère que dans pareil cas, il peut y avoir un cumul réel d'infraction en cas de discrimination syndicale et de délit d'entrave ; Cass, crim., 25 avril 1973, Bull. crim. N°231.

harcèlement moral ou sexuel définis aux articles L.1152-1, L.1152-2 et L.1153-3 du présent code ». En revanche, en matière de discrimination au travail et notamment en matière de discrimination fondée sur les convictions religieuses, le législateur a entendu se reposer sur le juge pénal qui dispose d'un arsenal répressif plus large.

172. En définitive, alors que le Code du travail est relativement lacunaire en matière de répression des discriminations, la voie pénale est quant à elle, peu empruntée par les victimes de discrimination. Déjà en 1985, une étude réalisée par la revue *Actes* a démontré que les salariés licenciés en raison de leur race, de leur sexe ou encore sur la situation de famille n'engageaient que marginalement des procédures pénales mais agissait par la voie naturelle, celle du Conseil de prud'hommes et ce, en contestation du licenciement sur le fondement de l'absence de cause réelle et sérieuse. Ce phénomène peut s'expliquer par l'ignorance de la loi, par les justiciables et de leurs droits mais aussi par les difficultés morales, financières dues à la difficulté du procès pénal et de l'aléa judiciaire. Encore, la difficulté probatoire revêt un enjeu important pour les justiciables. En effet, en matière de discrimination, les mécanismes probatoires prévus par le Code du travail ne trouve pas une assise similaire en matière pénale.

173. Quoiqu'il en soit, il sera regrettable de constater l'absence d'arsenal répressif par le Code du travail permettant de réprimer l'ensemble des comportements discriminatoires. Suzanne Carval en déduit une nécessité de mettre en œuvre, en droit du travail « *une nouvelle politique de sanctions qui fasse appel, de façon moins spectaculaire mais plus réaliste, aux possibilités offertes par le droit civil* »¹⁴³. Reste que le justiciable dont ses convictions religieuses ont été le fondement d'une mesure désavantageuse peut agir devant les conseillers prud'hommes afin d'être rétabli dans ses droits par la nullité, sanction naturelle de la discrimination.

¹⁴³ CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1995, T250, p.180.

174. En conclusion, si dans les services publics, le principe de laïcité prévu à l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 est de mise, les entreprises du secteur privé reposent quant à elles sur la liberté individuelle.

175. Pourtant, classiquement, le lieu de travail a été considéré comme le lieu d'aliénation. Ainsi, comme le précisait Karl Marx, « *Le domaine de la liberté commence là où s'arrête le travail déterminé par la nécessité* » disait Karl Marx.

176. Ce n'est qu'à partir des lois Auroux de 1982 que les droits et libertés font irruption dans le monde de l'entreprise. Plus particulièrement, la loi du 4 août 1982 puis la loi du 31 décembre 1992 constituent le point d'ancrage des droits et libertés dans l'entreprise favorisant l'émancipation des travailleurs.

177. La liberté religieuse étant une liberté fondamentale, garantie par de nombreux textes, il ne peut apporter à la liberté religieuse de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. À ce stade, il convient de préciser que l'employeur n'est pas juge des pratiques religieuses des salariés et que, dès lors, les convictions religieuses d'un salarié ne peuvent faire l'objet de restrictions de manière strictement encadrée mais aussi, le salarié croyant fait l'objet d'une protection contre toute forme de discrimination.

178. En effet, nul ne doit subir de mesures discriminatoires en raison de ses convictions religieuses. Toute mesure discriminatoire peut faire l'objet de sanction pénale, outre la sanction civile reposant sur la nullité de la mesure prise. Le droit de la discrimination est pour autant limité.

179. L'individu est complexe. Il repose sur une pluralité de critères. Pourtant, le droit n'entend pas prendre en compte les situations dites d'« intersectionnalité ». À titre illustratif, il conviendra de préciser que le voile, au cœur des controverses doctrinales et jurisprudentielles, est au cœur de cette notion d'« intersectionnalité ». En effet, le voile est au carrefour des discriminations fondées tant sur le sexe de la personne qui est tout autant facilement identifiable que sur l'origine de la personne. Les convictions religieuses correspondent à un motif prohibé par l'article L.1132-

1 du Code du travail. Néanmoins, ce motif s'inscrit, comme lorsqu'il s'agit de la discrimination fondée sur le sexe, au sein d'une interconnexion des discriminations.

180. Quoiqu'il en soit, d'une part, le droit relatif aux libertés individuelles et collectives et aux droits des salariés et d'autre part, le droit de la non-discrimination semble apporter une protection effective en matière de liberté religieuse. Il conviendra à ce stade, de soulever une problématique importante en la matière, celle des mécanismes probatoires. En effet, si la preuve est en la matière aménagée, il est toujours difficile d'apporter la preuve de la discrimination religieuse. Il conviendra alors, de s'en tenir au doute.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

181. L'ordre institutionnel des sociétés démocratiques libérales et les instruments juridiques internationaux et nationaux relatifs aux droits de l'Homme garantissent inévitablement la liberté religieuse et le respect des consciences et croyances. Si la religion réside en un lien entre les individus et le divin, elle répond à un besoin social en fédérant ses membres autour d'impératifs moraux, de valeurs et de pratiques communes.

182. Le système juridique interne, empreint des outils internationaux, témoigne dans une certaine mesure des préoccupations qui animent le législateur et la jurisprudence. En effet, de nombreux textes se tardent à protéger cette liberté considérée comme fondamentale¹⁴⁴. Pour autant, la liberté de pensée, de conscience et de conviction érigée à l'article 9 de la Convention européenne est essentiellement considérée comme une liberté individuelle, bien que souvent exercé en association avec autrui. Cette liberté implique le droit de choisir une religion et d'en changer. De manière générale, la liberté de conscience appréhende le droit de mener sa vie personnelle sans ingérence extérieure.

183. À cet égard, il convient de rappeler que la liberté de croyance, ou plus exactement, la liberté d'avoir des convictions est une liberté considérée comme absolue. Seules les restrictions apportées aux modalités d'exercice de cette liberté sont admises au titre de l'alinéa 2 de l'article 9 de la Convention européenne. En témoigne la frénésie médiatique autour du port du voile dans l'espace public. Le monde de l'entreprise n'échappe pas à ce « *sensationnalisme* ». L'affaire *Babyloup* a réveillé les consciences collectives autour du voile en entreprise par exemple.

184. L'article L.1121-1 du Code du travail constitue « la colonne vertébrale » de l'exercice des droits et libertés dans l'entreprise. Pour autant, l'expression des convictions religieuses sur le lieu de travail demeure diffusée par plusieurs fondements légaux et jurisprudentiels. En effet, si la manifestation des croyances religieuses relève de la vie personnelle du salarié, elle est une composante de la liberté d'expression protégée depuis l'arrêt « *Clavaud* ». À cet effet, la liberté religieuse trouve une assise dans l'entreprise à travers la liberté, pour chaque salarié, de s'exprimer

¹⁴⁴ CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, *Op. cit.* pt. 31.

librement dans l'entreprise, qu'elle se traduise par le port de signes religieux tels qu'un crucifix, le port d'un voile dit « Hidjab », ou encore la *kippa* traditionnellement portée par les juifs.

185. De manière générale, l'employeur ne peut que difficilement restreindre les croyances religieuses dans l'entreprise. La liberté religieuse dans l'entreprise s'en trouve protégée par différents fondements juridiques. En effet, si la liberté religieuse est protégée par l'article L.1121-1 du Code du travail, la religion peut être appréhendée à travers le principe de non-discrimination prévu à l'article L.1132-1 du Code du travail.

186. Pour autant, penser la discrimination religieuse suppose de s'interroger sur l'intersectionnalité. En effet, l'approche intersectionnelle permet d'appréhender la question de la discrimination religieuse à certains égards, ce concept n'a pas été appliqué en droit interne et fait l'objet de nombreuses réticences auprès des Cours européennes. Pourtant, la question du voile est une des illustrations de cette intersectionnalité. En effet, le voile est au carrefour des discriminations fondées tant sur le sexe de la personne qui est tout autant facilement identifiable que sur l'origine de la personne.

187. Quoiqu'il en soit, la protection de la liberté religieuse est assurée par des mécanismes répressifs tant sur le plan pénal que civil. La nullité de la sanction illicite, en ce qu'elle est prise sur le fondement d'un des motifs discriminatoires est encourue. Encore, plusieurs incriminations sont prévues tant au sein du Code du travail que du Code pénal.

188. En définitive, la liberté de conscience est une liberté protégée. Liberté, certes sensible dans nos sociétés démocratiques, la liberté religieuse est pour autant absolue lorsqu'elle relève du for intérieur des individus. Cette liberté est présente dans l'entreprise privée qui fait face à l'expression des convictions religieuses au temps et au lieu de travail. La législation du travail a pris en compte ce phénomène religieux en apportant une protection accrue des salariés à cet égard. Cette protection passe nécessairement par des mécanismes légaux tels que la protection accordée par les articles L.1121-1 et L.1132-1 du Code du travail, mais aussi par les outils répressifs en faveur de la protection des salariés.

PARTIE II : LA LIBERTÉ RELIGIEUSE : UNE LIBERTÉ LIMITÉE

189. Si Karl Marx disait que « *moins tu existes, moins tu manifestes ta vie, plus tu as, plus devient grande ta vie renoncée, plus tu amasses de ton essence aliénée* »¹⁴⁵, la loi du 4 août 1982 prend le contre-pied en intégrant les droits et libertés au travail. Pourtant, des années après le fait religieux dans les entreprises privées demeure une question sensible. Sur le lieu de travail, les requêtes et les manières d’agir en relation avec des convictions religieuses peuvent être de différents ordres. Les demandes peuvent porter sur la prise en compte de certaines fêtes religieuses, l’accomplissement de certains rites sur le lieu de travail, des aménagements dans le fonctionnement dans l’entreprise, etc. Face à ce phénomène, les réponses apportées par les entreprises sont différentes et les méconnaissances des règles applicables dans l’entreprise en matière de liberté religieuse sont palpables. Entre le déni et la complaisance, les réponses apportées par l’employeur sont souvent aléatoires et s’appuient sur des fondements juridiques distincts. Cela s’explique par la multiplicité de cas d’ouverture à la restriction. D’abord, par l’insertion d’un nouvel article L.1321-2-1 au sein du Code du travail par la loi du 8 août 2016 instituant la neutralité religieuse (Chapitre 1) puis par les dispositions préexistantes dans les textes concernant les droits et libertés et la non-discrimination (Chapitre 2) influencées par le droit européen.

¹⁴⁵ MARX (K.), *Différence de la philosophie naturelle chez Démocratie et Épicure*, éd. Nota bene t, III, p.85.

CHAPITRE I : L'INTÉGRATION DE LA NEUTRALITÉ RELIGIEUSE

190. Si la laïcité demeure un principe constitutionnel applicable aux services publics de l'État et par extension, aux entreprises de droit privé en charge d'un service public¹⁴⁶, celui-ci est exclu des entreprises de droit privé. En effet, dans la célèbre affaire *BabyLoup*¹⁴⁷, la Cour de cassation rappelle que le principe de laïcité inscrit à l'article 1^{er} de la Constitution française du 4 octobre 1958 ne peut dès lors être invoqué pour priver une salariée d'exprimer ses convictions religieuses. À travers le voile islamique, la Cour de cassation rappelle que le principe de laïcité n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public. La loi du 8 août 2016¹⁴⁸ prend alors le contrepied de la jurisprudence de la Cour de cassation en admettant la restriction de la manifestation des convictions religieuses par l'insertion d'un nouvel article L.1321-2-1 au sein du Code du travail qui admet la possibilité pour le règlement intérieur, de contenir des dispositions restreignant l'expression des convictions des salariés au temps et au lieu de travail.

191. Pour comprendre l'esprit du texte, il convient de revenir sur les origines de celui-ci en revenant sur la lettre de l'article L.1321-2-1 du Code du travail en ce qu'il restreint considérablement les droits et libertés dans l'entreprise (Section 1) à la portée générale (Section 2).

¹⁴⁶ Cass, soc., 19 mars 2013, n°12-11.690 *CPAM*.

¹⁴⁷ Cass, soc., 19 mars 2013, n°11-28.845 *Babyloup*.

¹⁴⁸ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Section 1 - La restriction des libertés religieuses par le règlement intérieur

192. Afin de comprendre l'idée de l'article L.1321-2-1 du Code du travail, il convient de revenir aux origines du texte. Revenir aux origines permet d'appréhender la formulation de celui-ci (I). Cela permet notamment d'en comprendre le dispositif et son domaine d'application qui se justifie à plusieurs titres (II).

I. L'apport du dispositif restrictif de la manifestation des convictions religieuses en droit du travail

193. La loi du 8 août 2016 autorise l'employeur à insérer dans le règlement intérieur des dispositions permettant de restreindre l'expression des convictions religieuses dans l'entreprise de droit privé. Pour autant, ce texte relève d'une novation importante dès lors qu'il constitue une fracture avec l'esprit des lois Auroux et plus généralement sur l'importance des droits et libertés dans l'entreprise (A). L'insertion du nouvel article L.1321-2-1 du Code du travail constitue un texte aujourd'hui important dans la gestion du phénomène religieux en ce qu'il constitue l'assise contemporaine des restrictions des convictions religieuses dans l'entreprise (B).

A. Le dispositif de la neutralité religieuse dans le Code du travail

194. La loi du 8 août 2016 a inséré dans le Code du travail un article L.1321-2-1 qui dispose 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* ».

195. Ce texte semble alors aller dans le sens contraire de celui donné par la loi du 4 août 1982¹⁴⁹ en matière de règlement intérieur. Ce sont les lois Auroux qui posent pour la première fois un cadre juridique précis sur la nature et la fonction du règlement intérieur. Celui-ci étant limité à l'hygiène et à la sécurité d'une part, et la discipline et la défense des droits des salariés d'autres parts. Elles ne peuvent, à ce titre, apporter de limitations aux libertés individuelles et collectives que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Difficile ici de ne pas y voir de référence non équivoque au célèbre arrêt Société des peintures corona¹⁵⁰.

196. En l'occurrence, si la préservation des droits et libertés demeure le principe, le pouvoir de direction de l'employeur peut justifier des restrictions aux droits et libertés dans l'entreprise si ces restrictions sont justifiées et proportionnées. La loi du 8 août 2016 semble pourtant renverser la tendance en affirmant d'emblée que « *le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés* ». Force est de constater que la condition selon laquelle ces restrictions doivent être justifiées apparaît en second lieu.

197. L'article L.1321-2-1 du Code du travail élude le débat issu de l'arrêt baby loup sur l'application du principe de laïcité aux entreprises privées. En effet, si le principe de laïcité est un principe constitutionnel en ce qu'il est inscrit à l'article 1^{er} de la Constitution, l'arrêt Baby loup affirme que « *le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public* »¹⁵¹, analyse reprise par le guide du fait religieux publié par le ministère du Travail¹⁵². Par conséquent, la loi du 8 août 2016 fait référence à la neutralité. Ce terme désigne selon le dictionnaire Larousse, un état d'une personne qui ne se prononce pour aucun parti. Dans la psychanalyse, la neutralité est une attitude

¹⁴⁹ Loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Loi dite loi Auroux.

¹⁵⁰ CE, sect., 1^{er} février 1980, n°06361, Dr. Soc 1980, p.317, concl. A. Bacquet ; Dr. Ouv. 1980, p211 n. S. Alter.

¹⁵¹ Cass, soc., 19 mars 2013, JCP S 2013, 1474, n. B. Bossu.

¹⁵² Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées, Janvier 2017 [En ligne], consulté le 25 mars 2022 : https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/guide_candidats_salaries_majfevrier2018valide.pdf?TSPD_101_R0=087dc22938ab20002bb8d24a32b9bfb71ba0a5100fc6c016ea63e24b4b0fa6fb425534c8bf8bd8360883e360d8143000a0d3a78508c4663128088e3ef5f40ab85408e7a33ac4c5a75515e45b8f0864241594d54611bd7dd2f20d09fc27f9b6e0.

d'un agent de manière non directive de l'analyse à l'égard des opinions, des projets du patient. Néanmoins, de telles conceptions ne sauraient trouver une assise lorsqu'il s'agit d'interpréter les termes de l'article L.1321-2-1 du Code du travail en ce que *la neutralité religieuse dans l'entreprise induirait une restriction quasi absolue. Pourtant, « les dispositions d'un règlement intérieur interdisant les discussions politiques ou religieuses et, d'une manière générale toute conversation étrangère au service excèdent, eu égard à l'atteinte qu'elles portent aux droits de la personne, l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait édicter en vue d'assurer le bon ordre et la discipline dans l'entreprise, ainsi que la bonne exécution de certains travaux exigeant une attention particulière »*¹⁵³. Ainsi, la liberté de manifester ses convictions ou au sens plus restrictif, ses croyances religieuses peuvent, sous certaines conditions, faire l'objet de limitations. À cet égard, dans l'affaire *Eweida*, la Cour condamne les autorités britanniques un manquement à l'article 1 de la Convention en ce qu'il repose sur elles, une obligation positive de protéger les droits de la requérante de manifester sa religion et en l'espèce, le fait de porter une croix sur son uniforme, en ce que cette manifestation ne portait pas atteinte aux droits d'autrui¹⁵⁴.

198. En somme, contrairement à l'idée mise en exergue par les lois Auroux, un doute subsiste. La restriction religieuse, ou en l'espèce, la neutralité religieuse est-elle la règle ou l'exception ? Sans faire référence à la laïcité dans l'entreprise, l'article L.1321-2-1 du Code du travail introduit une possibilité de restreindre les libertés religieuses dans l'entreprise et plus largement, tout ou partie de l'expression des convictions dans l'entreprise.

¹⁵³ CE, 25 janvier 1989, Dr. Soc. 1990, p. 201, concl. J. De Clausage ; Dr Ouv. Février 2017, n°923, p.113 note. B. Bossu.

¹⁵⁴ CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, n°48420/10.

B. L'intégration de la neutralité religieuse dans les entreprises privées

199. La protection apportée par la Convention européenne à la liberté religieuse revêt deux éléments fondamentaux. D'abord, le droit d'avoir ou de ne pas avoir des convictions religieuses. Ensuite, le droit de manifester ses convictions, notamment par le libre exercice du culte et l'accomplissement de certains rites religieux. Mais si la liberté de conscience, à savoir, la liberté d'avoir des convictions religieuses est absolue, la liberté de manifester ses convictions est quant à elle relative. Dans le même ordre d'idée, l'article L.1321-2-1 du Code du travail prévoit la possibilité de restreindre, par le biais du règlement intérieur *« la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par le bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché »*.

200. Certaines limitations sont d'ailleurs rendues possibles notamment par l'article 9-2 de la Convention européenne qui dispose que *« la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »*. Si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle implique, celle de manifester sa religion, c'est-à-dire, celle qui relève du for extérieur. Pour autant, si la Cour parle de limitation à la liberté d'exprimer ses convictions religieuses, telle n'est pas la formule de l'article L.1321-2-1 du Code du travail.

201. Dans le rapport au Premier ministre, l'article 6 dispose que *« la liberté du salarié de manifester ses convictions 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. »*¹⁵⁵ Aucune référence n'est faite à l'absoluité de la liberté de conscience. Le texte ne fait pas état de la protection de la liberté religieuse mais bien des restrictions qui peuvent être apportées à celle-ci. Pourtant, ce rapport avait pour ambition de *« mettre en lumière les piliers sur lesquels repose l'édifice »* comme le précisait Robert Badinter. En la matière, le comité y ajoute certains principes dégagés par des

¹⁵⁵ Rapport au Premier Ministre par le comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail, janv. 2016.

solutions *jurisprudentielles comme l'intégration, au sein de l'article 6, du « bon fonctionnement de l'entreprise »*¹⁵⁶. L'article L.1321-2-1 du Code du travail s'inscrit largement dans cette logique restrictive en faisant référence non pas à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses, mais la restriction de toutes les convictions dans l'entreprise. C'est tout le sens de la jurisprudence de la Cour de cassation et celle de la Cour de justice de l'Union Européenne. En effet, tirant les apprentissages des arrêts de la Cour de justice de l'Union¹⁵⁷, la Cour de cassation est venue préciser que cette limitation doit être non-discriminatoire et concerner toutes les convictions, qu'elles soient politiques ou religieuses ou encore philosophiques.

202. Les clauses de neutralités fleurissent. Au-delà des entreprises privées, certains ordres professionnels comme l'ordre des avocats se laissent charmer par la clause de neutralité. À ce titre, le barreau de Paris a inscrit au sein de son règlement intérieur, une clause de neutralité afin de restreindre le port d'un quelconque signe distinctif à connotation religieuse avec le costume professionnel, la Robe. Ce dernier ayant pour objet de se présenter à une juridiction de manière égale, la robe étant vectrice d'égalité entre les avocats. Ainsi, la Cour de cassation valide¹⁵⁸ cette clause au sein du règlement intérieur du Barreau de Paris. Tel n'a pas été le même sort pour les décorations qui demeurent, pour la Cour, conforme aux principes essentiels de la profession d'avocat tel que définis par le règlement intérieur national.

203. La neutralité religieuse peut dorénavant être inscrite au sein d'un règlement intérieur, les droits et libertés des salariés régressent. En effet, l'application de la clause dite de neutralité restreint le droit, pour les salariés, d'exprimer ses convictions idéologiques, politiques, philosophiques et religieuses.

¹⁵⁶ CHRISTOPHE (R.), [Projet, proposition, rapport législatif] « A propos du rapport Badinter : tout ça ... pour ça ? », La lettre juridique, février 2016. [EN LIGNE], URL : <https://www.lexbase.fr/article-juridique/28979612-projet-proposition-rapport-legislatif-a-propos-du-rapport-badinter-tout-ca-pour-ca>.

¹⁵⁷ CJUE, 14 mars 2017, aff. C-188/15 *Micropole SA* ; CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15 *G4S Secure Solutions*.

¹⁵⁸ Cass, 1^{re}, civ., 3 mars 2022, n°20-20.185.

II. La justification de la clause de neutralité dans les entreprises privées

204. « *Toutes les entreprises ne pourront pas inscrire le principe de neutralité dans leur règlement intérieur* » précise le Ministère du travail dans son guide sur le fait religieux en entreprise. À cet égard, le guide rappelle que si l'article L.1321-2-1 permet d'inscrire la neutralité religieuse au rang des prescriptions réglementaires dans l'entreprise, cette possibilité reste néanmoins encadrée par les textes. D'abord, le texte apparaît comme un rempart aux atteintes aux droits et libertés d'autrui (A). De plus, toutes les limitations ne relèvent pas du seul arbitraire de l'employeur mais doivent répondre aux nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise (B). Ces deux notions répondent alors au but poursuivi par la clause de neutralité. Tel est le sens de sa justification.

A. La protection des droits et libertés d'autrui

205. Pour justifier les atteintes à la liberté religieuse, le législateur a avancé deux idées principales au sein de l'article L.1321-2-1 du Code du travail. À cet effet, « *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* ». Autrement dit, l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux, d'une part, et les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise, d'autre part, peuvent justifier les restrictions à la manifestation des convictions religieuses, l'exercice d'autres droits et libertés.

206. Dans un premier temps, le législateur de 2016 justifie les restrictions à la manifestation des convictions religieuses par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux. L'expression des convictions religieuses dans l'entreprise se confronte nécessairement au pouvoir de l'employeur et par voie de conséquence, à sa liberté d'entreprendre. En effet, l'employeur, propriétaire des moyens de production, dispose d'un pouvoir de direction en vertu duquel il peut organiser l'activité et modifier les conditions de travail¹⁵⁹. Néanmoins, l'affirmation des convictions religieuses et les demandes afférentes se confrontent nécessairement à ce pouvoir. Les demandes d'aménagement

¹⁵⁹ Cass, soc., 14 mai 2014, n°13-10.913.

du temps de travail, le refus par un salarié d'être muté dans un cimetière en raison de ses convictions religieuses¹⁶⁰ se confrontent nécessairement à la liberté d'entreprendre. Au-delà des demandes du salarié, l'obligation de neutralité qui repose sur l'employeur en application tant de l'obligation de respecter les droits et libertés du salarié et le principe de non-discrimination, restreignent le pouvoir de l'employeur. À titre d'illustration, l'employeur ne peut contraindre un salarié de consommer un repas contraire à ses convictions alors même que l'organisation du repas entre dans l'exercice de ses fonctions¹⁶¹.

207. C'est sur le fondement de l'exercice des droits et libertés d'autrui que l'article L.1321-2-1 du Code du travail restreint la manifestation des convictions religieuses sur le lieu de travail. À ce titre, la liberté de conscience et de la conviction religieuse des autres salariés doit être préservée sur le lieu de travail. La conciliation des convictions doit alors en être le mot d'ordre. Par conséquent, le prosélytisme est interdit sur le lieu de travail, le salarié qui se livre à la lecture de la bible et à distribuer des prospectus des témoins de Jéhovah pendant l'exécution de son travail commet une faute pouvant justifier son licenciement¹⁶². La liberté de conscience d'autrui était d'ailleurs au cœur de l'affaire *Babyloup*. En effet, il était soulevé la nécessité de protéger la liberté de conscience, de pensée et de religion de l'enfant déduite de la Convention de New York.

208. Encore, le fait religieux en entreprise a amené le législateur à s'intéresser plus particulièrement aux pratiques découlant des convictions. Un tract de la CFE-CGC de 2007 faisait référence à « *un opérateur qui refuse de serrer la main à son agent de maîtrise féminin, un autre qui refuse de prendre le volant du bus derrière une machiniste, un troisième dont le pantalon est coupé très court, voilà quelques exemples auxquels sont confrontés quotidiennement des agents d'encadrement* ». Difficilement quantifiables et dont certaines pratiques sont parfois anodines, d'autres entraînent nécessairement un conflit avec le principe

¹⁶⁰ Cass, soc., 19 janvier 2022, n°20-14.014, *op. cit.*

¹⁶¹ Guide du fait religieux, question n°11.

¹⁶² CPH, Toulouse, 9 juin 1997.

d'égalité entre les femmes et les hommes¹⁶³. À ce titre, la clause de neutralité se justifie d'autant plus que l'article L.1321-2-1 du Code du travail, impose à l'employeur de prévoir des dispositions relatives à la prévention des agissements sexistes, défini par l'article L.1142-2-1 du Code du travail.

209. En somme, la liberté de manifester ses convictions et ses croyances religieuses entre en conflit avec d'autres droits et libertés au travail. À ce titre, le législateur tente d'apporter tantôt une réponse à ces conflits, tantôt de prévenir des agissements qui portent atteinte aux droits des travailleurs à des conditions de travail dignes.

B. La clause de neutralité comme garantie de protection du bon fonctionnement de l'entreprise

210. L'article L.1321-2-1 du Code du travail précise que la manifestation des convictions religieuses peut être restreinte par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise. Néanmoins, les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise ne trouvent aucune définition dans le Code du travail. À en rechercher le sens, il convient de se rapprocher du fonctionnement de l'entreprise. Celui-ci peut être amené à la nécessité de faire cohabiter deux éléments : la création de valeur et la maîtrise des risques. Autrement dit, le fonctionnement de l'entreprise repose sur l'organisation de celle-ci et sur les moyens mis en œuvre pour atteindre son objet, la création de valeur. Alors, le bon fonctionnement de l'entreprise constitue un fonctionnement normal vers la création de valeur.

211. Pour comprendre cette notion, il convient de se référer au rapport Badinter. Celui-ci dispose en son article 1^{er} que « *les libertés et droits fondamentaux de la personne sont garanti dans toute la relation de travail. Des limitations ne peuvent leur être apportées 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* »¹⁶⁴. Les nécessités du bon

¹⁶³ ADAM (P.), LE FRIANT (M.), PÉCAUT-RIVOLIER (L.), TARASEWICZ (Y.), « La religion dans l'entreprise, l'art (difficile) des limites », *RDT* 2016, P.538.

¹⁶⁴ Article 1^{er}, Rapport au Premier ministre, Rapport dit « Badinter », Janvier 2016.

fonctionnement de l'entreprise apparaissent comme une notion floue, introduite comme facteur de restrictions des droits et libertés fondamentaux des salariés. Cette position est d'autant plus confortée par la lecture de l'article L.1321-2-1 du Code du travail qui érige ce principe comme étant un critère permettant de justifier les restrictions à la manifestation des convictions des salariés.

212. Dans les entreprises de tendance, l'expression d'une idéologie par un salarié contraire à celle affichée par l'employeur cause un tort à ce dernier en ce sens qu'il est difficilement envisageable qu'un salarié puisse prôner, dans le cadre de ses fonctions, une idéologie contraire à celle de l'employeur. En effet, dans les entreprises de tendance, l'idéologie est connue de tous, celle-ci est une identité de l'employeur. À ce titre, il est tout à fait possible pour ces entreprises d'imposer la neutralité aux salariés. Ainsi, « *si la crèche "Baby loup" s'était appelée "crèche Notre-Dame du Bon Secours", le fait que son règlement intérieur astreigne les salariés au respect de son caractère propre n'aurait sans doute guère attiré l'attention* »¹⁶⁵. Il est alors aisé de comprendre que l'expression de convictions contraires à celles prônée par l'entreprise de tendance porterait nécessairement atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise. Le fonctionnement de l'entreprise de tendance dépend de l'idéologie sur laquelle la structure est fondée. De ce fait, il pourrait être admis qu'une personne pense une idée contraire à l'idée prônée par l'entreprise, dans le cas où, celle-ci ne l'exprimerait pas.

213. Le fait religieux en entreprise connaît depuis ces dernières années, une montée en puissance qui peut s'expliquer en partie par « *le développement du fondamentalisme, qui se manifeste par une volonté impérieuse de pratiquer, en toute occasion et en tout lieu, les préceptes religieux* »¹⁶⁶. Si les convictions de quelque nature que ce soit doivent être respectées dans les entreprises, celles-ci ne sont pas tenues de faire droit à toutes les demandes des salariés qui résultent de leurs convictions religieuses.

214. D'ailleurs, la Cour de cassation est venue préciser à de nombreuses reprises que « *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*

¹⁶⁵ GAUDU (F.), « L'entreprise de tendance laïque », *Dr. Soc.*, n°12, 2011 p.1186.

¹⁶⁶ WAQUET (Ph.), *l'entreprise et les libertés du salarié*, éd. Liaisons 2003, p.175.

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 légale »¹⁶⁷.

215. En ce sens, l'employeur peut tout à fait imposer à un salarié d'exécuter une tâche contraire à ses convictions religieuses dès lors qu'il a été embauché pour cette mission. Celle-ci étant contractualisée.

216. D'aucuns se questionnent sur le fait de savoir si cette notion de bon fonctionnement de l'entreprise va se substituer à l'actuelle référence du Code du travail, à savoir, « la nature de la tâche à accomplir » du fait de la proximité entre les deux notions. S'il n'existe que très peu de jurisprudence en la matière, il est possible de répondre par la négative dès lors que le bon fonctionnement de l'entreprise relève de la fonction organisationnelle de celle-ci. En effet, pour fonctionner l'entreprise s'appuie sur son capital humain, lequel ne doit pas entraver son bon fonctionnement. Ainsi, difficile pour la boucherie de fonctionner si le salarié de confession musulmane refuse la manipulation de la viande de porc.

217. Toutefois, il convient de préciser à ce stade que la nécessité du bon fonctionnement de l'entreprise ne doit pas mettre la santé ou la sécurité du salarié en danger. Aussi, le salarié peut refuser d'exécuter une mission au Moyen-Orient dès lors que, compte tenu de sa confession religieuse, sa sécurité est mise en danger¹⁶⁸. Cette exigence de protection vaut même au-delà de la liberté religieuse. À ce titre, un salarié homosexuel ne peut être licencié pour avoir refusé une mutation dans un État incriminant l'homosexualité en application de l'article L.1132-3-2 du Code du travail.

218. Critère de la clause de la clause de neutralité, la nécessité du bon fonctionnement permet, quoiqu'il en soit, de restreindre l'expression des convictions des salariés au temps et au lieu de travail. L'imprécision de la rédaction de l'article L.1321-2-1 du Code du travail laisse présager des difficultés lors de l'appréciation des mesures prises sur ce fondement¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Cass, soc., 24 mars 1998, n°95-44.738, Bull. civ., V, n°171.

¹⁶⁸ Cass, soc., 12 juillet 2010, n°08-45.509.

¹⁶⁹ MOIZARD (N.), « *Les toges européennes se déchirent sur le voile au travail* », RDT 2016, 569.

Section 2 : La portée de la clause de neutralité

219. À la portée générale, l'article L.1321-2-1 du Code du travail permet à l'employeur, par le biais du règlement intérieur, de restreindre l'expression des convictions de quelque nature que ce soit dans l'entreprise. Seule la jurisprudence est venue préciser le dispositif de cette clause de neutralité qui nécessitait une clarification (I). En effet, il ressort de l'ensemble des conditions posées par la Cour de cassation, que la clause de neutralité créer un basculement dans le régime de protection de la liberté religieuse des salariés (II).

I. La mise en œuvre de la clause de neutralité

220. Pour qu'elle soit valable, la clause de neutralité doit répondre à ces conditions précises afin de prévenir tout arbitraire de l'employeur qui serait tenté de restreindre l'expression de certaines convictions religieuses au profit d'autres religions. En fait, il convient de préciser que ladite clause de neutralité est nécessairement conditionnée (A) et fait peser sur l'employeur, une obligation particulière (B).

A. La portée générale de la clause de neutralité

221. Dans un arrêt en date du 22 novembre 2017, la chambre sociale de la Cour de cassation est venue préciser les conditions d'application de la législation relative à la clause de neutralité inscrite à l'article L.1321-2-1 du Code du travail qui s'inscrit dans le sillage de l'affaire dite « Baby loup ». Dans la présente affaire, la Cour précise que *« 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 en application de l'article L. 1321-5 du code du travail, 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 »¹⁷⁰. Il ressort de cette décision que l'employeur ne peut imposer, en application d'une clause de neutralité, que si celle-ci est générale et indifférenciée, d'une part, et seulement concernant les salariés en contact avec la clientèle.

222. D'abord, la jurisprudence de la Cour de cassation est venue préciser que si l'employeur pouvait, en application de l'article L.1321-2-1 du Code du travail, inscrire dans son règlement intérieur, une clause de neutralité, celle-ci doit être générale et indifférenciée. D'ailleurs, la jurisprudence de l'Union européenne, précise dans l'affaire Belge que ladite clause doit poursuivre « *une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse* »¹⁷¹. Ainsi, la Cour pose un principe général de neutralité, lequel devant concerner toutes les pratiques. Ainsi, l'employeur ne saurait interdire aux seules salariées musulmanes le port du Hijab, ou encore, l'interdiction aux seuls juifs, le port de la Kippa. Cette précision jurisprudentielle s'explique aisément au regard du principe de non-discrimination posé par l'article L.1132-1 du Code du travail. En effet, une clause qui traiterait une religion, ou plus précisément, la manifestation de celle-ci par les personnes croyantes, de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans l'entreprise serait inévitablement une situation discriminatoire. La clause serait alors nulle de plein droit. En 2013, la Cour de cassation avait d'ailleurs, dans un premier temps, estimée que la clause de laïcité et de neutralité contenue dans le règlement intérieur de la crèche Baby Loup était applicable à tous les emplois de la crèche et par conséquent, inopposable parce que générale et imprécise¹⁷²

¹⁷⁰ Cass, soc., 22 novembre 2017, n°13-19.855.

¹⁷¹ CJUE, 14 mars 2017, C-157/15 *Achbita, Centrum voor Gelijkheid van kassen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions*.

¹⁷² Cass, soc., 19 mars 2013, n°11-28.845, Bull. Civ. V, n°75 ; HENON (G.) et SABOTIER (N.), Rev. Jur. De l'éco. Pub., n°717, mars 2014, chron. 1, chronique annuelle 2013 droit du travail ; BOSSU (B.), « Affaire "Baby loup" : le retour à la case départ », JCP éd. E, 19 décembre 2013, 1710 et JCP éd. S, 2013, n° 1146 ; MBONGO (P.), « Affaire "Baby loup" : l'entreprise de tendance laïque" au secours de la cour d'appel de Paris », JCP éd. E, n° 49, 5 décembre 2013, act. 888.

223. Enfin, la jurisprudence précise que la clause de neutralité ne peut être appliquée qu'aux salariés en contact avec la clientèle. Tirant les apprentissages de l'affaire Baby loup, la jurisprudence de la Cour de cassation limite l'application de la clause de neutralité aux seuls salariés en contact avec la clientèle. Cela pourrait pourtant sembler paradoxal dès lors que l'exigence des clients, de ne plus avoir recours aux services d'une travailleuse voilée, ne saurait constituer une exigence essentielle et déterminante pouvant justifier la neutralité religieuse. C'est ce qui ressort de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'affaire française. En effet, dans l'affaire française, la Cour a considéré que « *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 considéré comme une exigence essentielle et déterminante* »¹⁷³. En droit, la Cour de cassation opère un contrôle de proportionnalité dans la mise en œuvre de la clause de neutralité, serait-il proportionné d'interdire à tous les salariés d'arborer un signe confessionnel alors même qu'une partie d'entre eux ne sont pas en contact avec la clientèle ? Ce n'est pas la position de la jurisprudence. D'ailleurs, cette exigence est corroborée par l'obligation de rechercher un poste de reclassement sur un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec les clients plutôt que de procéder au licenciement.

224. En somme, il convient de noter la recherche d'un équilibre parfois difficile entre les droits et les libertés, d'une part, et les nécessités de l'entreprise. Tel est le sens du contrôle de proportionnalité opéré dans la clause de neutralité.

¹⁷³ CJUE, 14 mars 2017, C-188/15 Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme / Micropole Univers.

B. L'exigence de proportionnalité de la clause de neutralité

225. « *La police ne doit pas tirer sur les moineaux à coup de canon* »¹⁷⁴. Cette célèbre expression faisant référence au principe de proportionnalité, attribuée au juriste Allemand Fleiner, place la proportionnalité au cœur du droit. Ce principe renvoie d'ailleurs à l'image du nombre d'or, qui aurait été utilisé par le sculpteur grec Phidias pour concevoir le Parthénon d'Athènes. Plus encore, la proportion serait, selon Aristote, la traduction du juste¹⁷⁵. En droit du travail comme en d'autres matières, la proportionnalité est devenue un mécanisme structurant les atteintes aux droits et libertés.

226. Le principe de neutralité religieuse inscrit à l'article L.1321-2-1 du Code du travail permettant à l'employeur d'inscrire dans le règlement intérieur une restriction à l'expression des convictions au temps et au lieu de travail doit être justifiée et ces restrictions doivent être proportionnées au but recherché. Ce contrôle de proportionnalité des mesures restrictives de l'expression des convictions religieuses était déjà présent lors de l'affaire Baby loup. En effet, l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait précisé que la clause prévue par le règlement intérieur n'était pas suffisamment précise ni justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché¹⁷⁶. La HALDE avait alors établi des motifs permettant de justifier les restrictions à l'expression des convictions religieuses,¹⁷⁷ tel que les motifs tenant à l'hygiène, la santé ou la sécurité, etc. La rédaction de l'article L.1321-2-1 du Code du travail dispose dorénavant que les restrictions doivent être proportionnées au but recherché. Cette condition n'est pourtant pas nouvelle dès lors qu'elle apparaît au sein de l'article L.1121-1 du Code du travail selon lequel que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

¹⁷⁴ Commentaire de la décision *Kreuzberg* du 14 juin 1882 par le juriste allemand FLEINER en 1912 cité par STIRN (B.) dans *Vers un droit public européen*, LGDJ, 2015, 2^{ème} éd. P.93.

¹⁷⁵ ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, Flammarion, 1992, V, chap. 2, pp. 142-142.

¹⁷⁶ Cass, Ass, plén., 25 juin 2014, n°13-28.369.

¹⁷⁷ Délib. de la HALDE, n°2008-32 du 3 mars 2008 et n°2009-117 du 6 avril 2009.

227. Pour cette raison notamment, une partie de la doctrine estime que le dispositif de l'article L.1321-2-1 du Code du travail est faible est qu'il n'a « *qu'un intérêt pédagogique "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 négociation, de discussion ou de décisions que les solutions jurisprudentielles ma connues ou mal reçues* »¹⁷⁸.

228. Lorsqu'il s'agit d'appliquer la clause de neutralité ou plus généralement d'appliquer une disposition légale ou réglementaire, le principe de proportionnalité est d'un grand secours. Il s'impose comme un standard au service de la protection des droits et libertés fondamentaux. Le cadre classique de cette protection repose sur le contrôle de l'intérêt légitime poursuivi par la restriction du droit et sa proportionnalité¹⁷⁹. Il convient de rappeler qu'au regard des normes internationales les États bénéficient d'une « marge d'appréciation » dans l'application des dispositions conventionnelles justifiant la violation de la liberté religieuse. Ce contrôle de proportionnalité de la mesure a d'ailleurs été appliqué lors de l'affaire Baby loup dans laquelle, la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la gravité de la sanction appliquée à la salariée licenciée pour faute grave en raison de son refus d'ôter son voile. D'ailleurs, dans les conclusions de l'avocate générale de la Cour de justice, il était demandé d'accorder aux États membres, une marge d'appréciation justifiée par « *l'identité nationale* »¹⁸⁰.

229. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence procède à un contrôle de proportionnalité pour justifier la clause de neutralité. Ainsi, en admettant que le contact avec la clientèle permet de justifier ladite clause, la Cour a, alors procédé à un contrôle des postes de travail qui justifie ou non, la neutralité religieuse. Pourtant, dans certaines affaires, le raisonnement de la Cour de justice a pu être critiqué dès lors que celle-ci ne prend pas en compte l'activité de l'entreprise dans le contrôle de proportionnalité. « *Un magasin de prêt-à-porter ne pouvant certainement pas être traité, par*

¹⁷⁸ WILLMANN (C.), « [Le point sur...] L'employeur peut-il restreindre l'expression des convictions religieuses ? Des réponses législatives et judiciaires, incertaines et partielles », *La lettre juridique*, octobre 2016.

¹⁷⁹ DUPRÉ DE BOULOIS (X.), *Droit des libertés fondamentales*, PUF, Thémis droit, 2018, n° 220 et s.

¹⁸⁰ CJUE, 14 mars 2017, C-188/15 Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme / Micropole Univers. KOKOTT (J.), Conclusions, pt 125-127.

exemple, de la même manière qu'une entreprise de nettoyage »¹⁸¹. Il s'agit ici, de l'analyse *in concreto*, de la nature de l'activité de l'entreprise.

230. Le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne, allant jusqu'à ériger le contact avec la clientèle comme un objectif légitime est sans nul doute, une position d'opportunité. Selon Bernard Bossu, « [e]xit, donc, le critère, plus général, du "bon fonctionnement de l'entreprise", ou celui, tout aussi général, mais sans doute plus flou, tiré des nécessités de l'exercice d'autres libertés ou droits fondamentaux [découlant de l'article L. 1321-2 du Code du travail issu de la loi du 8 août 2016 dite « El Khomri »], lesquels laissaient augurer d'une possibilité d'appliquer largement le principe de neutralité »¹⁸². Alors, le contact avec la clientèle justifierait des restrictions « nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » pour reprendre les termes de l'article 9 alinéa 2 de la Convention européenne. Plus exactement, les restrictions à la liberté d'exprimer ses convictions religieuses seraient alors proportionnées au but recherché, à savoir le contact avec la clientèle et le fait d'afficher une politique de neutralité¹⁸³.

231. Si la CEDH a pu exclure le contrôle de proportionnalité lorsqu'il s'agissait de contrôler l'atteinte à la liberté religieuse, dès lors que le salarié avait toujours la faculté de rompre unilatéralement le contrat de travail s'il s'estimait atteint dans sa croyance¹⁸⁴, tel n'a pas été le sens retenu par les solutions rendues tant par la Cour de justice de l'Union que par la Cour de cassation.

¹⁸¹ MOULY (J.), « *La CJUE et le voile dans l'entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations* », Dalloz, 2017, p. 947. Du reste, l'utilisation par la Cour de justice dans l'affaire *Achbita* de l'adverbe « *notamment* » (pt 30) laisse entendre qu'il existe d'autres hypothèses dans lesquelles un code vestimentaire neutre pourrait être exigé. PINATEL (F.), « *Le port du voile islamique confronté au principe de neutralité (suite)* », Note sous Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 1319.855, *JCP S*, 2017, n° 49, 1400.

¹⁸² BOSSU (B.), « *Le port du voile islamique confronté au principe de neutralité (suite)* », Note sous, cass, soc., 22 novembre 2017, n°13-19.855, *JCP S*.

¹⁸³ PINATEL (F.), *Neutralité religieuse dans l'entreprise : jurisprudences européennes, Les Cahiers Lamy du DRH*, janvier 2021, n°282, p.50.

¹⁸⁴ CEDH, 3 décembre 1996, *Kontinnen c. Finlande*, Décisions et rapports 87-1, p.68 ; CEDH, 9 avril 1997, *Stedman c. Royaume Uni*.

232. Au-delà du contrôle de proportionnalité opéré par les Cours, la législation relative à la neutralité religieuse dans l'entreprise induit un contrôle juridictionnel sur les restrictions à l'expression des convictions religieuses qui frôlent avec la discrimination.

II. La modification du régime de protection de la liberté religieuse en entreprise

233. L'adoption de la clause de neutralité au sein du règlement intérieur interroge sur la législation applicable. Il est indéniable que celle-ci constitue une limite à la liberté religieuse des salariés au temps et au lieu de travail en ce qu'elle permet à l'employeur de restreindre l'expression des convictions religieuses des salariés. Toutefois, un flou subsiste quant à la législation à appliquer. Il n'est pas rare de voir des arrêts tant rendus au visa de l'article L.1121-1 du Code du travail qu'au visa des articles L.1132-1 et L.1133-1 du Code du travail ou encore au visa de l'ensemble de ces textes. Dans cette optique, il conviendra de positionner la problématique (A) avant de revenir sur la solution rendue par la jurisprudence (B).

A. La croisée du droit des libertés et du droit de la non-discrimination

234. Selon Fleur Laronze, « *le droit français propose une lecture intéressante du fait religieux en entreprise, au gré des affaires portées devant le juge social, des expérimentations d'entreprise et des points d'achoppement avec les autres droits* ». En effet, le fait religieux est un phénomène parfois redouté interrogeant constamment les sources juridiques internes et les rapports entre les dispositifs légaux. Plus exactement, lorsqu'il s'agit de revenir sur la question du fait religieux, deux notions s'interrogent et se percutent parfois. En effet, en matière de religion en entreprise, la notion de liberté fondamentale tirée de l'article L.1121-1 du Code du travail est actionnée au même titre que le principe de non-discrimination prévu à l'article L.1132-1 du Code du travail.

235. La religion constitue une liberté. En effet, chaque citoyen et à ce titre, les travailleurs, peuvent librement choisir de pratiquer ou non ses convictions religieuses. D'ailleurs, la liberté religieuse est une liberté fondamentale protégée par de nombreux textes internes et internationaux. À cet effet, contrairement aux salariés du secteur public étant soumis au principe de neutralité du service public tel qu'il ressort de l'arrêt *Lebon* du 8 décembre 1948, les salariés du secteur privé jouissent dans l'entreprise, de leur liberté religieuse.

236. En effet, l'article L.1121-1 du Code du travail s'applique, lequel dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Ainsi, l'employeur ne peut restreindre l'expression des convictions religieuses que si ces restrictions sont *justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché*. Tel est le sens de l'arrêt *BabyLoup* rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 25 juin 2014.

237. En substance, il s'agissait d'une salariée voilée qui s'estimait victime d'une discrimination en raison de ses convictions du fait de son licenciement pour avoir refusée, en application d'une clause de neutralité insérée dans le règlement intérieur, de retirer son voile islamique. La Cour de cassation a rendu un arrêt au visa des articles L.1121-1 et L.1321-3 du Code du travail. Autrement dit, la discrimination religieuse n'a pas été soulevée par les hauts magistrats. Selon la Cour, une entreprise privée pouvait instaurer des restrictions à la liberté d'un salarié de manifester ses convictions religieuses dès lors qu'elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

238. Pour autant, dans sa décision antérieure, la chambre sociale précisait dans l'arrêt du 19 mars 2013 que la clause du règlement intérieur instaurait une restriction générale et imprécise et violait ainsi, les dispositions de l'article L.1321-3 du Code du travail. En effet, la clause dudit règlement stipulait que « *le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche* ». Par voie de conséquence, la Cour concluait à une discrimination religieuse.

239. Depuis la loi du 8 août 2016, l'article L.1321-2-1 du Code du travail autorise l'employeur à insérer au sein du règlement intérieur une clause dite de neutralité ou, plus exactement, une clause restreignant l'expression des convictions politiques, philosophiques ou religieuses. Depuis lors, en présence d'un refus d'un salarié de se conformer à une telle clause au demeurant valable, dans l'exercice de ses activités professionnelles, il est rendu nécessaire de rechercher au préalable « *s'il est possible de proposer à la salariée un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement* »¹⁸⁵. Auquel cas, l'employeur pourra procéder au licenciement du salarié refusant de se soumettre à une clause de neutralité valable. Il s'agira alors non pas d'une discrimination, mais d'une atteinte proportionnée et justifiée à sa liberté religieuse sauf à reposer toutefois sur l'image de l'entreprise ou l'attente des clients¹⁸⁶. Auquel cas, le but n'étant pas justifié, le licenciement sera considéré comme discriminatoire.

240. En définitive, si le régime juridique du fait religieux en entreprise demeure incertain à ce stade, l'articulation des sources juridiques permet de tirer une analyse simple seulement en apparence. Dans le cas où les restrictions des convictions religieuses ne reposeraient sur aucune clause présente au sein du règlement intérieur ou lorsque celle-ci est illicite, alors la Cour s'attardera sur le terrain de la discrimination religieuse. À l'inverse, le régime des droits et libertés fondamentaux s'appliquera.

241. Quoiqu'il en soit, introduire la notion de discrimination dans la question religieuse permet de faire émerger une analyse sinon inédite, au moins cohérente dans la perspective prise à travers le prisme d'un contexte national. Le dispositif actuel traverse deux notions, à savoir, la liberté et la non-discrimination. Il s'agit alors de revenir en particulier sur les difficultés à saisir le phénomène de « discrimination religieuse » tant cette notion recouvre deux applications.

¹⁸⁵ Cass, soc., 22 novembre 2017, n°13-19.855.

¹⁸⁶ Cass, soc., 14 avril 2021, 19-24.079.

B. Le glissement de la discrimination directe à la discrimination indirecte

242. Dans les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne en date du 14 mars 2017, à l'occasion des affaires belges et françaises relatives au voile au travail, la Cour rappelle de manière classique les termes de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000¹⁸⁷ sur le principe de non-discrimination : « *Aux fins du paragraphe 1 :*

une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ;

une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :

cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, [...] »

243. La distinction entre la discrimination directe et indirecte inscrite à l'article L.1132-1 du Code du travail relève d'une grande importance en raison du régime de protection applicable. D'une part, en présence d'une discrimination directe, l'article L.1133-1 du Code du travail dispose que l'article L.1132-1 du Code du travail « *ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

244. D'autre part, en présence d'une discrimination indirecte, il n'est pas nécessaire de démontrer une exigence professionnelle essentielle et déterminante mais l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 précise qu'il suffit que « *ce critère ou cette pratique (...) soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

¹⁸⁷ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

245. Partant de ce constat, la Cour de justice procède à un arbitrage que d'aucuns considèrent comme discutable¹⁸⁸. En effet, la Cour de justice précise que le fait de licencier une salariée au motif que celle-ci refuse de retirer le voile alors que des clients se plaignent du port de son voile islamique constitue une discrimination directe prohibée en ce que l'exigence des clients ne constitue pas une « exigence professionnelle essentielle et déterminante »¹⁸⁹. Néanmoins, la Cour précise qu'une interdiction générale de porter des signes distinctifs de religion par l'employeur constituerait une discrimination indirecte. Tel est le cas de la clause de neutralité qui permet, de manière générale et indifférenciée, une interdiction, pour les salariés en contact avec la clientèle, d'arborer des signes distinctifs de religion.

246. Pour comprendre le raisonnement de la Cour de justice, il convient de revenir aux conclusions de Madame KOKOTT, l'avocat général. Pour cette dernière, « *le concept de discrimination directe ne convient pas pour apprécier correctement une interdiction telle que l'interdiction litigieuse* [l'interdiction générale de manifester ses convictions religieuses] »¹⁹⁰. Arguant qu'une telle mesure ne crée pas de discrimination directe entre les religions, un règlement interdisant le port de tout signe distinctif de religion serait alors une mesure neutre en apparence et relève alors, de la discrimination indirecte.

247. Pourtant, la clause de neutralité ne serait-elle pas par nature une clause qui discriminerait de manière directe ? Les religions ne se manifestent pas de la même manière. En effet, selon la croyance de chacun, l'expression de celle-ci peut être différente. Si le crucifix peut facilement être dissimulé, à la volonté du croyant, il est difficile de dissimuler le hijab ou encore la Kippa.

248. Par conséquent, l'interdiction générale de la manifestation extérieure des signes distinctifs ne serait-elle pas une discrimination directe ? Le raisonnement de la Cour affaiblit considérablement la notion de discrimination en faisant abstraction de certaines prédispositions d'ordres sociologiques notamment. Cette précision s'inscrit d'ailleurs dans un contexte particulier

¹⁸⁸ UFARTE (T.), « La liberté de conscience des salariés face au culte de la liberté d'entreprise prôné par la CJUE : Une nouvelle guerre de religion ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 16 juin 2017, consulté le 03 avril 2022. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/3056>; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.3056>.

¹⁸⁹ CJUE, 14 mars 2017, aff. C-188/15 *op. cit.*

¹⁹⁰ KOKOTT (J.), Conclusions, *op. cit.* pt.46.

avec des lois successives concernant les femmes musulmanes. L'interdiction de la Burqa¹⁹¹ ou encore les dispositions relatives au burkini. Par exemple, dans l'affaire *Mandla vs Dowell Lee*¹⁹², la chambre des lords a considéré que le refus du port du turban par un enfant Sikh était une discrimination illégale pesant sur certains groupes raciaux qui peuvent, moins facilement se conformer à l'interdiction des signes religieux, que d'autres communautés. En fait, ce qui permet d'aller dans le sens de la discrimination directe en se fondant sur la religion est la faculté ou non, la facilité ou non, pour un groupe de se conformer à une disposition neutre en apparence.

249. Ces éléments permettent de mettre en exergue la spécificité française dans le traitement du religieux dans les entreprises. Ainsi par exemple, il sera fait mention d'une ordonnance du tribunal du travail de Bruxelles, dans laquelle la décision de l'agence régionale du travail de Bruxelles interdisant tout signe distinctif de religion est confrontée au « plan d'action diversité »¹⁹³. À titre d'illustration, concernant l'exclusion des salariés à temps partiel de certaines primes et avantages, puisque les femmes représentent 79,5% des salariés à temps partiels¹⁹⁴, la mesure est en réalité discriminatoire.

250. La clause de neutralité visée à l'article L.1321-2-1 du Code du travail, peut être insérée dans le règlement intérieur d'une entreprise. Celle-ci permet alors, de restreindre la manifestation des convictions religieuses aux salariés en contact avec la clientèle, et ce, de manière générale et indifférenciée. Si cette mesure est neutre en apparence, celle-ci n'a pas le même impact selon les convictions religieuses des salariés en raison des signes habituellement discrets selon certaines religions et, d'autres plus ostentatoires. Ainsi, loin d'être neutre, la clause de neutralité opère un glissement discutable de la discrimination directe à la discrimination indirecte.

¹⁹¹ Loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

¹⁹² *House of Lords*, 24 mars 1983, *Mandla and another v. Dowell Lee and others*, 2 AC 548.

¹⁹³ Tribunal du Travail, Bruxelles, 16 novembre 2015, *Administration publique*, 2016, pp.491-516, obs. RORIVE, I.

¹⁹⁴ INSEE, *réf. Emploi, chômage, revenus du travail*, éd. 2020.

251. Pour conclure, la loi du 8 août 2016 prend le contre-pied des lois Auroux de 1982. En effet, alors que la liberté était la règle et la restriction, l'exception, la clause de neutralité prévue au sein de l'article L.1321-2-1 du Code du travail permet à l'employeur d'insérer au sein du règlement intérieur, « *des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés* ». Ainsi, la question est aujourd'hui de savoir si la liberté est encore aujourd'hui le principe ou si celle-ci est reléguée au rang des exceptions.

252. Pourtant, au regard des nombreux textes internationaux, la liberté religieuse demeure la règle. À ce titre, les restrictions apportées à la manifestation des convictions religieuses n'apparaissent que dans l'alinéa 2 de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, il est rendu possible de restreindre la manifestation des convictions religieuses dès lors qu'elles « *constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Difficile ici, de ne pas y voir un écho au nouvel article L.1321-2-1 du Code du travail. En effet, comme le précise le Ministère du travail au sein du guide du fait religieux, « *toutes les entreprises ne pourront pas inscrire le principe de neutralité dans leur règlement intérieur* ». La clause de neutralité doit être, à ce titre, justifiée « *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* ». De plus, la jurisprudence est venue restreindre l'absoluité de cette clause de neutralité en instituant un contrôle de proportionnalité et un contrôle quant à la nature des restrictions. En effet, pour que la clause soit valable, celle-ci ne doit pas viser une religion, une communauté en particulier. Elle doit être générale et indifférenciée.

253. La difficulté soulevée par une partie de la doctrine réside dans le croisement entre le droit relatif aux droits et libertés dans l'entreprise issu de l'article L.1121-1 du Code du travail, mais aussi du droit de la non-discrimination prévu à l'article L.1132-1 du même Code. En définitive, si le régime juridique du fait religieux en entreprise demeure incertain à ce stade, l'articulation des sources juridiques permet de tirer une analyse simple seulement en apparence. Dans le cas où les restrictions des convictions religieuses ne reposeraient sur aucune clause présente au sein du règlement intérieur ou lorsque celle-ci est illicite, alors la Cour s'attardera sur le terrain de la discrimination religieuse. À l'inverse, le régime des droits et libertés fondamentaux s'appliquera.

254. S'il faut procéder à l'étude du droit de la discrimination en matière de conviction religieuse, une partie de la doctrine s'est d'ailleurs intéressé sur la question de l'instauration d'une discrimination indirecte par la mise en place d'une clause de neutralité. En effet, celle-ci permet de restreindre la manifestation des convictions religieuses aux salariés en contact avec la clientèle. Alors, d'apparence neutre, cette clause a des conséquences palpables pour une partie des croyants. D'ailleurs, la loi du 8 août 2016 intervient dans un contexte particulier de l'affaire *Babyloup*, mettant fin à cette saga jurisprudentielle.

255. En matière de neutralité religieuse, le déni n'est pas de mise, le fait religieux fait référence indéniablement à certaines convictions. Le fait religieux musulman doit être nommé, dépassionné et problématisé que ce soit pour les bonnes ou mauvaises raisons. En commentaire de son rapport de février 2002 sur l'enseignement du fait religieux à l'école laïque, Régis Debray note que « *l'expression a de l'emploi parce qu'elle est commode, et d'une neutralité peu compromettante. Elle ne privilégie aucune confession en particulier. Chacun en a sa part et tous l'ont tout entier (...). L'alliage des deux mots neutralise l'un par l'autre. Le positif par le mystique, et vice-versa (...). Chacun peut faire sa part du feu (...)* »¹⁹⁵. C'est naturellement de cette « neutralité peu compromettante » que la législation en la matière use sans autres options, « *sauf à être accusé de parti pris, ou pire, d'islamophobie. Car il ne faut pas se voiler la face, c'est principalement d'islam qu'on parle lorsqu'on évoque ce fameux "fait religieux" »*¹⁹⁶.

¹⁹⁵ DEBRAY (R.), *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*, Rapport, 1^{er} février 2002.

¹⁹⁶ MAILLARD (D.), *Quand la religion s'invite dans l'entreprise, Malaise dans le travail*, Fayard 2017 p.12 – 13.

CHAPITRE II : LA DISSONANTE GESTION DU FAIT RELIGIEUX EN DROIT

256. Dans les entreprises privées, la prise en compte de la manifestation des convictions en matière religieuse par le salarié suppose de trouver un équilibre entre la liberté d'exprimer ses convictions religieuses et d'autres libertés en causes. Face aux nombreuses difficultés, le législateur a tenté d'apporter, par la loi du 8 août 2016, un cadre juridique précis. Si la liberté de conscience est une liberté fondamentale, tous les comportements motivés par des considérations religieuses ne sont pas protégés. Certaines limitations peuvent être opposées au salarié désireux d'arborer un signe distinctif d'une quelconque confession. Pour autant, les salariés demeurent protégés par le principe de non-discrimination. Ce principe établit qu'une personne ne peut faire l'objet d'un traitement moins favorable sur le fondement d'un des motifs prohibés par l'article 1^{er} de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Pour autant, le principe de non-discrimination ne s'oppose pas à une différence de traitement justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, notion au demeurant nécessaire de clarifier (Section 1). Pour autant, cette hypothèse de dérogation comme en matière de protection des droits et libertés au travail demeure sujette à l'évolution du droit au-delà de l'hexagone, justifiant ou non, l'opportunité de restreindre les convictions religieuses au temps et au lieu du travail (Section 2).

Section 1 : La sophistication des exigences professionnelles essentielles et déterminantes

257. La liberté religieuse est une liberté fondamentale. Chacun a le droit, d'exprimer ou non l'expression de ses convictions sur le lieu de travail. De plus, l'employeur est tenu de garantir à ses salariés, le principe de non-discrimination. Néanmoins, si les salariés sont protégés par le principe de non-discrimination, des exigences professionnelles essentielles peuvent justifier une différence de traitement entre les salariés sur un des motifs prohibés. Cette hypothèse de dérogation au principe de non-discrimination appliquée à la discrimination religieuse présente un intérêt certain en droit français (I). Pour autant, il s'agit d'un mécanisme transversal du droit européen de la non-discrimination dont la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union permet d'en appréhender les contours (II). Cette possibilité de traiter différemment des individus à raison des convictions religieuses s'inscrit dans une simple faculté offerte aux États membres de l'Union européenne. C'est à l'aune du droit européen, que les différences de traitement peuvent répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

I. Les restrictions à la liberté religieuse fondée sur des exigences essentielles et déterminantes

258. Afin de comprendre la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, il convient d'en analyser la portée (A) en ce qu'elle est décrite comme une nébuleuse du droit. En effet, la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante révèle une question sous-tendue, celle de la nécessaire justification de cette différence de traitement. Pour autant, cette notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante est appuyée par la théorie civiliste du contrat. En effet, lorsque l'employeur fait face à un refus, du salarié, d'exécuter ses tâches contractuelles sur le fondement de ses convictions religieuses, alors, la force obligatoire du contrat permet de revenir sur la stratégie juridique mise en place par la jurisprudence (B).

A. Les composantes des exigences professionnelles essentielles et déterminantes

259. L'employeur peut, en application de l'article L.1321-2-1 du Code du travail, insérer une clause dite de neutralité au sein du règlement intérieur permettant de restreindre l'expression des convictions de quelque nature que ce soit dans l'entreprise. Cette disposition neutre doit évidemment être objectivement justifiée par un but légitime et devant être nécessaire et approprié à l'objectif de neutralité. En somme, la législation récente relative à la neutralité religieuse dans l'entreprise fait de cette mesure, une discrimination indirecte, rendue nécessaire par l'objectif de neutralité. Néanmoins, en l'absence d'une telle disposition, les restrictions à la manifestation des convictions religieuses tombent sous le coup de la discrimination directe. À ce titre, dans sa jurisprudence, la chambre sociale de la Cour de cassation a pour habitude, et sous l'impulsion de la Cour de justice de l'Union européenne, de rappeler que, « *en l'absence de règlement intérieur ou d'une note de service précisant la nature des restrictions à la liberté religieuse du salarié que l'employeur entendait lui imposer, l'interdiction faite à un salarié, lors de l'exercice de ses missions, du port de la barbe en tant qu'elle manifesterait des convictions religieuses et politiques doit répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante* »¹⁹⁷ renvoyant en ce sens, à l'article 4§1 de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et à l'article L.1133-1 du Code du travail qui dispose que « *l'article L.1132-1 [relatif à la non-discrimination] ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

260. Il ne sera pas ici question de s'attarder sur la question de savoir si la barbe constitue réellement une expression d'une conviction religieuse en ce qu'elle a, à travers l'histoire, eu des significations différentes. En effet, si elle « *était le symbole de la sagesse, du retrait de la vie professionnelle, d'un certain relâchement (...) c'est devenu un symbole de jeunesse. Un phénomène d'entrée dans la vie adulte* » pour reprendre les termes de Christian Bromberger.

¹⁹⁷ Cass, soc., 8 juillet 2020, n°18-23.743.

261. Quoiqu'il en soit, et peu importe le signe distinctif, la restriction doit « répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Pour autant, l'interdiction du port de la barbe, prise comme l'expression d'une conviction religieuse n'est pas un scoop¹⁹⁸.

262. Notion large, la question de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante recèle une part de mystère¹⁹⁹ et empreinte d'incertitudes²⁰⁰ ou encore une nébuleuse. Pour la définir l'article 4 de la directive 2000/43/CE est d'un grand secours en précisant que « *ne constitue pas une discrimination, lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ».

263. Pour revenir à la question de l'arrêt relatif à la barbe comme expression d'une conviction religieuse, l'employeur invoquait des impératifs de sécurité pour justifier cette restriction. Cette exigence légitime de sécurité peut, en effet, constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante et donc, justifier des restrictions aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives. Néanmoins, dans le cas d'espèce, les éléments probatoires apportés par l'employeur n'ont pas suffi à convaincre les juges du fond et du droit. À juste titre, les juges du fond ont soulevé le fait que l'employeur ne précisait pas de quelle façon le salarié aurait dû tailler sa barbe pour répondre à ces impératifs de sécurité.

264. En somme, les exigences professionnelles essentielles et déterminantes ne peuvent pas découler d'une décision que l'employeur décide de prendre de manière totalement discrétionnaire mais sont intimement liée à la nature de la tâche à accomplir²⁰¹. Difficile ici, de ne pas y voir la référence à l'article L.1121-1 du Code du travail.

¹⁹⁸ COLONNA (J.), et RENAUX-PERSONNIC (V.), [Jurisprudence] « Après le voile... la barbe ! », *La lettre juridique*, juillet 2020, [EN LIGNE], consulté le 3 juin 2022. URL : <https://www.lexbase.fr/article-juridique/59252017-jurisprudence-apres-le-voiler-la-barbe>.

¹⁹⁹ LHERNOULD (J.-PH.), JSL, 2013, n°342-2, p.8.

²⁰⁰ SÉRÉNO (S.), *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, PUAM, 2017, n°227.

²⁰¹ ROBIN-OLIVIER (S.), « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? » *RDT Europ.* 2017, p.229.

Plus exactement, l'employeur doit démontrer de façon objective que la tâche ne peut pas être exécutée ou ne peut pas être exécutée de manière satisfaisante si ce n'est par le passage par la discrimination. Ainsi, l'embauche de gardien de prison du sexe masculin peut s'expliquer par la nécessité d'avoir des hommes dans l'effectif afin de procéder aux fouilles corporelles des prisonniers de sexe masculin. En la matière, la prudence est de mise²⁰² selon le Professeur Bernard Bossu.

265. La notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante est une notion large et demeure sources d'incertitudes. En effet, si le contenu comportait une part d'évidence telle que les nécessités relatives à l'hygiène et à la sécurité, le contenu positif de la notion demeure difficilement appréhensible. La jurisprudence de la CJUE puis, celle de la Cour de cassation sont venues préciser une telle exigence, qui ne peut, dorénavant, reposer sur des considérations purement subjectives telles que l'image de l'entreprise ou encore, la volonté des clients de celle-ci. Toutefois, le doute n'est pas levé quant aux contours de cette nébuleuse. Ainsi, pourrait-on admettre qu'une organisation qui ne travaille qu'avec des personnes homosexuelles ayant subi du harcèlement au travail, ne puisse qu'engager des membres homosexuels en raison de leur situation commune et leur permettant ainsi, de mieux comprendre les problématiques relatives aux victimes de harcèlement. L'homosexualité serait-elle alors dans le présent cas, une exigence professionnelle essentielle et déterminante ? La question reste pour le moment en suspens.

²⁰² BOSSU (B.), « Discrimination fondée sur les convictions religieuses et exigence professionnelle essentielle et déterminante », Note sous Cass, soc., 19 janvier 2022, n°20-14.14, FS-B : JurisData n°2022-000437, JCP S, n°9, 2022, p.1064.

B. La théorie civiliste au secours du droit du travail

266. L'employeur fait face à la montée des demandes relatives aux convictions religieuses dans l'entreprise. Entre le port des signes distinctifs religieux, demandes sur les repas halal au restaurant d'entreprise, autorisation d'absence pour les fêtes religieuses ou encore les refus d'exécuter des tâches certaines des tâches qui leurs incombent pour des raisons religieuses. Pour autant, le droit apporte des réponses diverses selon les situations comme le précise le guide du fait religieux en entreprise.

267. Selon Antoine Loysel, « *on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles* ». Autrement dit, si la parole peut, dans une certaine mesure créer, le contrat, celui-ci lie les hommes. D'ailleurs, c'est parce que le contrat est pourvu de la force obligatoire qu'il s'impose aux parties. Tel est le sens de l'adage *Pacta sunt servanda*, soit, les conventions, ou autrement-dit, les contrats tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. Ce principe trouve une assise au sein des articles 1193 et 1194 du Code civil. La force obligatoire du contrat trouve une assise particulière en droit du travail lorsqu'il s'agit de s'intéresser au refus d'un salarié d'exécuter ses prestations de travail pour des raisons religieuses. En la matière, il ne sera pas anodin de rappeler que le contrat de travail est un contrat soumis au droit commun des contrats. En témoigne l'article L.1221-1 du Code du travail, « *le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun* ».

268. Le Code du travail procède alors à un renvoi aux dispositions du Code civil, lesquels prévoient le régime général des obligations découlant d'un contrat. Le contrat est un accord, un échange de consentement ou de volontés, entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations²⁰³. Le contrat de travail est donc un échange de volonté soumis au droit commun des contrats. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation et plus précisément, dans son arrêt en date du 22 juillet 1954, la Cour précise que le contrat se définit comme « *la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération* ».

²⁰³ Article 1101 du Code civil.

269. Ainsi, le contrat de travail se caractérise par l'existence d'une rémunération, d'un lien de subordination et d'une prestation de travail. Sur ce dernier point, la prestation comprend des missions pour lesquelles le salarié est engagé. Dès lors que les missions du salarié entre dans le champ contractuel, le salarié est tenu par son engagement. D'ailleurs, c'est sur ce fondement que la Cour de cassation précise que le refus d'exécuter une des tâches pour lesquelles le salarié a été embauché est constitutif d'une faute, pouvant justifier une sanction disciplinaire. Tel est le sens de l'affaire du 19 janvier 2022²⁰⁴.

270. Dans cette affaire, il s'agissait d'un salarié d'une société de nettoyage qui a refusé à plusieurs reprises une mutation géographique dans un cimetière invoquant divers motifs. D'abord, le salarié invoque une incompatibilité entre les nouveaux horaires de travail et sa vie privée et personnelle. Exigence à laquelle, la société répond favorablement. À la suite de la modification des horaires par l'employeur, le salarié refuse à nouveau au prétexte que ses convictions hindouistes lui interdisant d'exercer dans une sépulture. Pour donner suite à ses nombreux refus, celui-ci fait l'objet d'une mutation disciplinaire, qu'il refuse également. Dès lors, la société procède à son licenciement qu'il conteste devant les juges du fond au motif que celui-ci serait discriminatoire. Selon la Cour de cassation et ce, en dépit de la position des juges du fond, considère que la mutation du salarié au sein du cimetière répondait à une exigence professionnelle essentielle et déterminante dès lors qu'elle était justifiée par « *la nature et des conditions d'exercice de l'activité du salarié, chef d'équipe dans le secteur de la propreté* ». Encore, elle ajoute une précision dont les termes renvoient naturellement au droit commun des contrats, elle précise qu'il y a été affecté « *pour exécuter ses tâches contractuelles* ». Le salarié est affecté sur un site autre, pour exécuter ses tâches contractuelles en vertu d'une clause de mobilité. Ce sont bien ses tâches contractuelles qui justifient l'atteinte à la liberté religieuse.

271. La solution rendue par la Cour de cassation est logique, eu égard au poste du salarié. Celui-ci est en effet, chef d'équipe dans le secteur de la propreté et il avait été affecté sur le site d'un cimetière après plusieurs refus de sa part concernant des mutations sur d'autres sites. Ainsi, l'affectation du salarié était justifiée non pas en raison de sa religion ou de ses convictions

²⁰⁴ Cass, soc., 19 janvier 2022, n°20-14.014.

religieuses, mais bien parce qu'en tant que chef d'équipe dans le secteur de la propreté, celui-ci doit remplir ses fonctions et donc, ses missions contractuelles.

272. D'ailleurs, l'employeur avait, dans le cas d'espèce, proposé plusieurs mutations que le salarié a successivement refusé pour des motifs divers. D'abord en invoquant l'atteinte au droit à la vie privée et familiale puis sur les horaires de travail puis enfin, après que ces éléments ont été pris en compte par l'employeur, celui-ci invoque l'opposition faite à cette affectation, par ses convictions religieuses.

273. Il ressort de cette décision qu'une exigence professionnelle essentielle et déterminante peut relever de l'inexécution des tâches contractuelles du salarié. Telle est la grande différence de cette affaire avec les affaires relatives à l'expression des convictions religieuses du travail comme cela a été le cas avec la question du voile lors de l'affaire *BabyLoup* ou encore sur la question de la barbe comme expression des convictions religieuses. Dans ces précédents arrêts les salariés concernés ne refusaient pas d'exécuter leur prestation de travail en raison des convictions religieuses mais souhaitent l'exécuter tout en manifestant leurs convictions religieuses. Cette solution n'est néanmoins pas nouvelle.

274. Il suffit de revenir quelques années en arrière, lors de la célèbre affaire du boucher musulman de Mayotte qui refusait de manipuler de la viande de porc, viande prohibée par la religion musulmane dans laquelle la Cour précise que si le salarié jouit de sa liberté religieuse, « *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* »²⁰⁵. Autrement dit, le salarié est tenu d'exécuter ses tâches contractuelles, tâches pour lesquelles il a été embauché.

²⁰⁵ Cass, soc., 24 mars 1998, n°95-44.738 ; Bull. civ. V, n°171 ; Dr. soc. 1998, p.614, note J. Savatier.

275. Dans l'affaire dite du cimetière, la Cour précise toutefois que l'employeur ne peut pas complètement être indifférent à la liberté religieuse et doit opter pour une sanction proportionnée et mesurée. Dans le cas d'espèce, la Cour admet qu'une affectation à un autre poste de travail était tout à fait proportionnée dès lors qu'elle maintenait les relations contractuelles des parties. Autrement, dit l'employeur a, de manière mesurée tenté de maintenir la relation de travail même si l'affaire s'est soldée d'un licenciement. Tel n'est d'ailleurs pas le sens de l'accommodement raisonnable ? Ce qui est sûr, c'est que les refus consécutifs du salarié d'exécuter des tâches contractuelles ne pouvaient que justifier un manquement aux obligations contractuelles. En ce sens, la solution rendue par la Cour de cassation est tout à fait louable.

II. L'exigence professionnelle essentielle et déterminante en droit européen de la non-discrimination

276. Le droit de la non-discrimination n'empêche pas les différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante dès lors que l'objectif poursuivi soit légitime et proportionné. Cette hypothèse de dérogation au principe de non-discrimination n'est pas nouvelle ni exclusif au droit français. D'ailleurs, cette possibilité est apparue avec la directive 76/207/CEE relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes²⁰⁶. Cette dérogation permet aux États membres de procéder à des différences de traitement (A). Encore faut-il que cette dérogation soit justifiée par l'activité professionnelle (B).

²⁰⁶ Directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, *JOCE* L 039 du 14 février 1976.

A. L'apport du droit de l'Union européenne en matière d'exigence professionnelle essentielle et déterminante

277. La directive 76/207/CEE du conseil, modifié par la directive 2002/73/CE du parlement européen et du conseil du 23 septembre 2002 dispose en son article 2 sixièmement que « *les États membres peuvent prévoir (...) qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ». Ainsi, les textes évoquent une « exigence professionnelle véritable et déterminante ». Quant à la directive 200/43/CE, le texte fait référence en son article 4 à la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante²⁰⁷.

278. L'article 4 paragraphe 1^{er} de la directive du 29 juin 2000 n'impose pas, mais permet aux États de prévoir des dérogations au principe de non-discrimination liées à la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Dès lors que cette différence de traitement repose sur cette exigence, celle-ci ne constitue pas une discrimination pour reprendre les termes de la directive. Si la rédaction paraît simple et limpide, cette notion « *ne se réfère à aucun instrument juridique précis* »²⁰⁸ comme le souligne la Cour de justice de l'Union. Si l'on se réfère par exemple, aux restrictions à la liberté de manifester ses convictions religieuses prévues par l'alinéa 2 de l'article 9 de la Convention européenne, nul besoin ici, que les restrictions soient prévues par la loi. En effet, ni les directives, ni leurs transpositions notamment au sein de l'article L.1133-1 du Code du travail ne se réfèrent à une autorisation légale de déroger au principe de non-discrimination contrairement. Cela permet de mettre en exergue le caractère facultatif des dérogations au principe de non-discrimination. En effet, la directive n'a pas pour but « *d'autoriser les États membres à admettre des traitements discriminatoires toutes les fois que cela est nécessaire, parce qu'un tel pouvoir est déjà in rerum natura ; la directive ne l'attribue pas, mais le trouve* » pour reprendre

²⁰⁷ Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JOCE L 180 du 19 juillet 2000.

²⁰⁸ CJUE, gde ch., 13 septembre 2011, *Prigge e.a. c. Deutsche Lufthansa*, aff. C-447/09.

les termes de l'avocat général Mancini²⁰⁹. La directive permet de souligner une indication ponctuelle pour que l'absence de discrimination ne soit pas tournée par une faculté incontrôlable et de permettre le contrôle juridictionnel de ces dérogations.

279. « *Il est évident que dans des organisations qui promeuvent certaines valeurs religieuses, certains emplois ou professions doivent être exercés par des salariés qui partagent les mêmes convictions religieuses* ». Tel était le sens de la proposition de directive du Conseil de janvier 2000. Si cette évidence persiste dans le cadre des entreprises de tendance caractérisée par une idéologie philosophique, politique ou religieuse, ce dispositif s'est éteint au profit d'un article 4 selon lequel « *les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ».

280. Encore faut-il prendre garde à la transposition de l'article 4 paragraphe 2 de la directive qui « *ne saurait être interprétée comme autorisant les États membres à soustraire le respect des critères énoncés à un contrôle juridictionnel effectif* »²¹⁰.

B. La justification de la dérogation au principe de non-discrimination en droit européen

281. D'emblée, l'article 4 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement précise que « *Les États peuvent prévoir qu'une différence de traitement (...) ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ». Cette clarification est d'un grand secours pour

²⁰⁹ CJCE, 3 décembre 1987, Conclusions de l'avocat général MANCINI F., présentées le 26 février 1985 sur *Commission des communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-319/85.

²¹⁰ CJUE, gde ch. 17 avril 2018, *Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung*, aff. C.68/17 p.54

comprendre la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante qui ne trouve pas, en droit français, une définition claire et précise.

282. Il convient à ce stade de préciser que la dérogation prévue par la directive ne distingue pas selon que la différence de traitement soit directe ou indirecte pour se focaliser sur cette dernière. Il semblait alors que les exigences professionnelles essentielles et déterminantes ne pouvaient être soulevées qu'à l'égard des discriminations indirectes jusqu'à ce que la Cour prenne le « *contre-pied* »²¹¹ dans son arrêt *Wolf* du 2 janvier 2010.

283. Dans l'affaire *Wolf*, la Cour a précisé que « *c'est non pas le motif sur lequel est fondée la différence de traitement, mais une caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante* »²¹². Dès lors, la différence de traitement ne peut être justifiée que sur le fondement d'une discrimination indirecte.

284. C'est alors l'affaire *Bougnaoui*, concernant le foulard islamique que la Cour est venue clarifier cette question. Il s'agissait dans cette affaire, d'une ingénieure d'études qui portait le foulard islamique chez les clients de l'entreprise. C'est alors après que les clients se sont plaints au sujet du foulard, que l'employeur a demandé à la salariée d'ôter son voile sans que celui-ci ne puisse se prévaloir d'une clause de neutralité inscrite dans le règlement intérieur. Le refus de la salariée a entraîné son licenciement. Alors, il était question de savoir si le fait de tenir compte des exigences de la clientèle concernant le port de signes distinctifs pouvait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante justifiée au regard de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000. Selon la Cour il fallait se positionner en matière de discrimination indirecte en précisant qu'une « *telle différence de traitement ne serait pas constitutive d'une discrimination indirecte, si elle était objectivement justifiée par un objectif légitime* »²¹³.

²¹¹ BRIBOSIA (E.), et BOMBOIS (T.), « Interdiction de la discrimination à raison de l'âge : du principe, ses exceptions et de quelques hésitation ... » *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p.44.

²¹² CJUE, gde ch., 2 janvier 2010, *Wolf c. Stadt Frankfurt am main*, aff. C-229/08.

²¹³ CJUE gde ch., 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui et association de défense des droits de l'Homme (AADH) c/ Micropole SA* aff. C-188/15, pt. 32.

285. Reste à savoir si le souhait d'un employeur de tenir compte du souhait d'un client de ne plus voir de services fournis par une travailleuse qui porte le foulard islamique, constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4 paragraphe 1 de la directive. Or en l'espèce, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que le souhait d'un client ne constituait pas une exigence professionnelle essentielle et déterminante dès lors qu'elle n'est pas objective. En effet, une opinion personnelle au sujet du voile ou, plus généralement au sujet d'un signe religieux ne saurait répondre d'une objectivité en la matière.

286. En effet, dans les arrêts du 14 mars 2017, la Cour de justice précise naturellement que les exigences professionnelles essentielles et déterminantes renvoient à une exigence objectivement discutée par la nature de l'emploi ou les conditions d'exercice de l'activité en cause et ne saurait reposer sur des considérations purement subjectives comme le souhait d'un client de ne pas avoir à faire avec une salariée voilée par exemple.

287. Encore, la conception d'une entreprise de la féminité et évoquant à ce titre, la cohérence de la tenue vestimentaire avec l'image de l'entreprise ne saurait être suffisant pour légitimer une atteinte à la liberté religieuse et ne peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante²¹⁴. Alors c'est à l'issue d'une analyse soignée du poste et des conditions de son exercice que découlent les exigences professionnelles essentielles et déterminantes. Encore faut-il que la mesure soit proportionnée à la réalisation d'un objectif légitime et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif en cause. En définitive, une exigence professionnelle essentielle et déterminante peut, en fait, révéler un motif discriminatoire. À titre d'illustration, le défaut d'expérience peut être considéré par exemple, être lié au handicap d'une personne²¹⁵.

288. Si les salariés demeurent protégés par le principe de non-discrimination, ce principe ne souffre pas pour autant d'aucune exception. En effet, au-delà des restrictions pouvant être apportées à la liberté religieuse, une mesure discriminatoire peut répondre à une exigence professionnelle, essentielle et déterminante. Cette notion est apparue sous l'impulsion de la jurisprudence, à l'aune

²¹⁴ Cass, soc., 14 avril 2021, n°19-24.079.

²¹⁵ CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. C-335/11 et C.337/11 pt.76.

du droit européen. Néanmoins, comme l'indique un proverbe français, « *vouloir et pouvoir, c'est deux* ». Autrement dit, s'il est possible d'adopter une mesure sur le fondement d'un des motifs prohibés, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'une telle position.

Section 2 : L'opportunité du régime restrictif de la liberté religieuse

289. Dans le monde du travail, la question du fait religieux est prise souvent sous le prisme de trois écueils. D'abord, l'abstraction du droit, ensuite, la recherche de solutions pratiques à travers des guides, des chartes et dorénavant, des clauses insérées au sein du règlement intérieur. Enfin, vient s'ajouter la notion de management. Trois forces s'exercent de manière inégale sur le travail. La question intervenant comme la fondation est la laïcité à la française qui tend à reléguer la religion à la sphère privée et les perspectives managériales cherchant à garantir le bon fonctionnement de l'entreprise induit à une prise en compte du fait religieux comme une nécessité (I). D'ailleurs, le droit, général et abstrait ne donne pas d'outil pratique à mettre en œuvre face à des situations complexes en opposant le licite de l'illicite au travail. C'est alors le manager qui se trouve en première ligne pour répondre à cette charge qu'est, la prise en compte du fait religieux (II).

I. L'apport du juge européen dans la gestion du fait religieux

290. La survenance des possibles conflits dans le domaine des relations de travail consécutivement à l'extériorisation des croyances religieuses des salariés par l'utilisation de symboles religieux a connu une certaine croissance cette dernière année en raison notamment de la transformation de nos sociétés mais aussi par les flux migratoires qui place le droit face à un dilemme. Celui de l'harmonisation du droit face à la liberté religieuse. Si cette difficulté est rencontrée en France dont la problématique s'est révélée par la célèbre affaire *babyloup*, le manque d'anticipation des instruments juridiques touche au-delà de l'hexagone. En la matière, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme est d'un grand secours et plus généralement, le juge européen (A). Cette influence européenne se retrouve dans la marge d'appréciation laissée aux États partis à la Convention (B).

A. La détermination des valeurs démocratiques par le juge européen

291. Dans le cadre de l'exécution du contrat de travail, de multiples causes peuvent être facteur de conflit lié au libre exercice du culte et de la liberté de conscience des travailleurs comme l'observation de jours de repos, d'adaptation du calendrier ou du temps de travail ou encore par l'usage de certains signes religieux qui peuvent se confronter à la liberté d'entreprendre. En la matière, la notion d'ordre public revêt d'une importance particulière. En effet, si derrière les différents signes distinctifs religieux, il peut y avoir différentes interprétations religieuses ou culturelles, son usage est néanmoins protégé de la même manière selon Alejandro Torres Gutiérrez²¹⁶. De plus, les signes religieux sont sujets, à de nombreuse et variée interprétation. Ainsi, si le voile peut être vu comme un simple vêtement anodin²¹⁷ et son interdiction reviendrait à restreindre purement et simplement la liberté de se vêtir, d'autres considère qu'il s'agit d'un symbole clair d'appartenance religieuse.

292. À cet effet, la Cour européenne des droits de l'homme a eu, à de nombreuses reprises, l'occasion de se prononcer sur l'utilisation des symboles religieux au travail. Parmi ces affaires, l'affaire *Dahlab c. Suisse* est l'une des premières affaires que la Cour a eue à traiter concernant le voile islamique. Il s'agissait d'une enseignante qui s'est convertie à la religion islamique. Depuis lors, elle a commencé à se vêtir d'une longue tunique et du *niqab*, voile islamique.

293. Après plusieurs années, la direction de l'école lui a demandé de retirer le voile dans l'exercice de son activité d'enseignement, étant entendu que cela violait l'article 6 de la loi suisse sur l'instruction publique. Dans sa solution, la Cour a rappelé sa jurisprudence relative à la liberté religieuse qui, selon elle, constitue l'une des assises d'une société démocratique. Toutefois, elle rappelle que cette liberté n'est pas sans limite et notamment afin de concilier les intérêts divergents en procédant à une conciliation et à un exercice de contrôle de proportionnalité pour finalement admettre le caractère prosélyte d'un tel signe, qui pourrait faire croire aux enfants qu'il est imposé

²¹⁶ TORRES GUTIÉRREZ (A.), « Resolución de conflictos por el empleo de vestimentas y símbolos religiosos en las relaciones de trabajo : orden público frente a acomodamiento razonable » in *Les religions et le droit du travail, Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*. Bruylant 2017, p. 391.

²¹⁷ CEDH, 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse*, n°42393/98.

aux femmes et qu'il est d'ailleurs difficilement conciliable avec le principe de neutralité confessionnelle et celui de l'égalité des sexes au sein de l'institution scolaire.

294. Selon la Cour, il lui paraît « *difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre* » est assez critiquable notamment en identifiant le voile comme un élément pouvant difficilement se concilier avec le devoir de tolérance. Tel est le sens d'ailleurs de la pensée de Alejandro Torres Gutiérrez, Professeur de droit constitutionnel à l'université publique de Navarre en affirmant que « *no se nos antoja especialmente feliz la identificación que parece hacer el TEDH del velo, con el Islam, y una determinada religiosidad radical e intolerante, así como la desigualdad de sexos, subyaciendo una prejuicio que no podemos compartir, que consistiría en asimilar el islam con la intolerancia* » (Nous ne sommes pas particulièrement satisfaits de l'identification que la Cour européenne des droits de l'homme semble faire du voile avec l'islam et une certaine religiosité radicale et intolérante, ainsi qu'avec l'inégalité entre les sexes, sous-tendue par un préjugé que nous ne pouvons partager, qui consisterait à assimiler l'islam à l'intolérance)²¹⁸.

295. Dans l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*, la Cour précise que dans une société démocratique où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, l'État limite la liberté de manifester sa religion ou ses convictions dans le but de concilier les intérêts des divers groupes et assurer le respect des convictions de chacun²¹⁹. Il s'agissait dans le cas d'espèce, d'une étudiante de la faculté qui se voyait refuser l'accès sur le campus au motif qu'elle était voilée sur le fondement d'une circulaire du recteur de l'université d'Istanbul qui précisait que « les étudiants ayant "la tête couverte" et les étudiants portant la barbe ne doivent pas être acceptés ». La Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 9 sur le fondement du principe de laïcité tout en laissant une marge d'appréciation à l'état turque. Cette décision rappelle le nécessaire contrôle de proportionnalité opérée par la Cour entre le but de l'intérêt en cause et les moyens choisis pour atteindre cette liberté en jeu.

²¹⁸ TORRES GUTIÉRREZ (A.), « Resolución de conflictos por el empleo de vestimentas y símbolos religiosos en las relaciones de trabajo : orden público frente a acomodamiento razonable » in *Les religions et le droit du travail, Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, éd. Bruylant 2017, p.420.

²¹⁹ CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, n°44774/98.

296. Enfin, l'affaire *Eweida c. Royaume-Uni* est intéressante en ce qu'elle portait sur le port de signes religieux sur le lieu de travail et la demande de dispense de certaines tâches contractuelles en invoquant l'objection de conscience dans le cadre de quatre requérantes qui soulevait une violation de leurs libertés de conscience²²⁰. Si la Cour estime qu'elles avaient bien subi une ingérence, celle-ci était toutefois justifiée et proportionnée. Pour l'une d'elle, il s'agissait du refus de travailler auprès des couples homosexuels, dès lors, la Cour a précisé que le droit à l'égalité de traitement justifiée cette ingérence dans sa liberté d'exprimer ses convictions religieuses. En somme, il semble que la Cour procède, au cas d'espèce, à une hiérarchisation des droits et libertés protégés par la Convention²²¹. L'une des requérantes, M^{me} Eweida a obtenu gain de cause, sur le terrain de la proportionnalité de la mesure. En effet, si la Cour précise que la compagnie aérienne pouvait restreindre l'expression des convictions religieuses pour promouvoir son image de marque, rien ne permettait de justifier que le port visible d'une croix contrevenait à l'image de l'entreprise.

297. C'est donc par une succession de jurisprudence que la Cour européenne des droits de l'homme a construit sa jurisprudence autour de l'article 9 de la Convention, jurisprudence qui s'est construite autour du principe de laïcité des États membres.

298. Si ces décisions ne concernent que de loin, le monde de l'entreprise privée, la stratégie juridique mise en œuvre par la Cour est intéressante à double titre. D'abord, dans l'interprétation des limitations prévues par l'alinéa 2 de l'article 9 de la Convention qui autorise les restrictions à la liberté de manifester sa religion à condition que ces restrictions soient d'une part, prévue par la loi et d'autre part, nécessaires, dans une société démocratique. Ensuite, car la marge d'interprétation laissée aux États membres permet d'en tirer des leçons dans l'application de la législation en matière de restriction à la liberté de manifester ses convictions religieuses.

²²⁰ CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida c. Royaume-Uni*, req. n°48420/10, n°59842/10, n°51671/10 et n°36516/10.

²²¹ HUNTER-HENIN (M.), *L'impact du droit européen*, in *Les religions et le droit du travail, Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, éd. Bruylant 2017, p.348.

B. L'imprégnation de la marge d'appréciation européenne en matière de restriction religieuse

299. L'analyse quantitative des affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme met en exergue l'importance placée en l'État. En effet, la Cour de Strasbourg laisse, aux États membres, une marge d'interprétation importante en la matière. La notion de marge d'interprétation renverrait à « *l'idée d'une possibilité de faire un pas de côté, de s'écarter de quelque chose, de bénéficier d'une certaine latitude* » tout en faisant preuve de contrôle dans la mesure²²². De contrôle par un organe compétent et ayant le pouvoir de sanctionner les écarts jugés incompatibles avec l'objectif d'harmonisation et d'intégration du droit européen, puisque selon M. Delmas-Marty, « *si la technique de la marche nationale, par la souplesse qu'elle introduit, semble l'instrument indispensable d'une intégration politiquement acceptable* »²²³, cela entraînerait nécessairement des effets pervers et notamment, une juxtaposition qui tend à la négation même de l'intégration juridique. En définitive, la notion de marge d'interprétation doit être entendue d'une part, comme un « *droit à la différence* »²²⁴ pour les États, mais aussi comme un seuil à ne pas franchir.

300. Quoiqu'il en soit, la marge d'interprétation est un mécanisme permettant une évolution du droit, elle implique un changement de paradigme autorisé. Selon la Cour, les États membres sont en effet, mieux à même d'apprécier la teneur des restrictions apportées à la liberté, pour leurs ressortissants, d'exprimer leurs convictions religieuses.

301. En somme, une grande marge d'appréciation est laissée aux États membres. La marge d'appréciation n'est en ce sens, que la traduction du principe de subsidiarité selon lequel les juridictions nationales sont les juges de droit commun des principes édictés par la Convention. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne use régulièrement du « mieux placées » pour

²²² DELMAS-MARTY (L.), et IZORCHE (M-L.), *Marge d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, 4 RIDC (2000) p753.

²²³ DELMAS-MARTY (L.), *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, Paris, 2004, p. 19.

²²⁴ *Ibid.*

indiquer que les juridictions internes sont d'autant plus compétentes pour se prononcer sur les contraintes reposant sur la liberté d'exprimer ses convictions religieuses.

302. Ces réserves émises par la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme permettent de sauvegarder le pluralisme européen « *dès lors que les États agissent au-dessus du commun dénominateur de garantie des droits imposé par la jurisprudence européenne* ». La Cour a d'ailleurs rappelé à de nombreuses reprises que cela ne veut pas dire qu'une « *uniformité absolue s'impose* »²²⁵. Les États demeurent libres de choisir les mesures qui leur paraissent appropriées.

303. En matière de liberté d'expression religieuse, la marge demeure assez grande afin d'équilibrer les droits en cause et en conséquence, ne pas procéder à une hiérarchisation des droits et libertés. Certes le droit ne se résume pas à des procédures équitables et courtoises de résolution des litiges, pour autant, la Cour privilégie, *a contrario*, les raisons de principe invoquées et apprécie le poids des intérêts et droits en conflit²²⁶.

304. Ainsi, dans l'affaire *Eweida*, les intérêts relatifs à l'image commerciale de l'entreprise ne sauraient peser plus lourd, dans la balance des intérêts en jeu, et notamment du droit, pour le salarié d'exprimer ses convictions religieuses par le port visible d'une croix. Le même raisonnement a été adopté par les juridictions nationales. Tel est le cas des juridictions française dans l'affaire du 14 avril 2021 dans laquelle, la conception d'une entreprise de la féminité et évoquant à ce titre, la cohérence de la tenue vestimentaire avec l'image de l'entreprise ne saurait être suffisant pour légitimer une atteinte à la liberté religieuse²²⁷. Encore, les juridictions anglaises ont considéré que le fait de promouvoir les coiffures et l'image d'un salon de coiffure ne pouvait justifier les restrictions apportées à la liberté d'exprimer ses convictions religieuses²²⁸.

²²⁵ CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n°6538/74, pt.61.

²²⁶ CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida c. Royaume-Uni*, prec, pt. 99.

²²⁷ Cass, soc., 14 avril 2021, n°19-24.079.

²²⁸ *Employment tribunal*, 11 juin 2008, *Noah v. Sarah Desrosiers t/a Wedge*, ET 2201867/2007.

305. Selon Gérard Gonzalez, la Cour, « *renforce l'impression que cette marge d'appréciation "grande" devient béante* »²²⁹ au regard de l'absence de consensus sur les manières de protéger la morale ou de définir la religion. L'analyse de la jurisprudence de la Cour permet de démontrer un contrôle assez limité dans les motifs. Cela s'explique notamment par le fait que la religion occupe une place différente selon les États dans lesquels elle s'exprime.

306. Cette différenciation permet de comprendre par ailleurs, les distinctions relatives au traitement du fait religieux selon les États et explique les accommodements raisonnables présents dans d'autres régimes juridiques.

II. L'accommodement raisonnable de l'employeur comme vecteur d'émancipation des travailleurs

307. Notion apparue au Canada, l'accommodement raisonnable a été développé autour du principe d'égalité. La notion d'accommodement raisonnable en tant que corollaire du principe d'égalité est essentiellement jurisprudentielle. Partant du principe qu'un traitement identique pour tous pouvait engendrer en fait, des inégalités selon certaines caractéristiques comme les croyances religieuses, la jurisprudence a admis que des pratiques distinctes soient mises en œuvre afin de contrebalancer les effets discriminants. Ainsi, l'accommodement raisonnable constitue en un processus juridique assurant l'égalité étendu à la question du phénomène religieux en entreprise (A). Pour autant, cette notion née aux États-Unis ne trouve pas, en droit français une assise comparable (B).

²²⁹ GONZALEZ (G.), « Liberté d'expression et convictions religieuses dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 8 | 2010, p. 91-102.

A. L'accommodement raisonnable comme outil en faveur du fait religieux en entreprise

308. Selon le baromètre de l'observatoire du fait religieux en entreprise (OFFRE) et l'institut Montaigne, le fait religieux progresse en entreprise. Selon cette étude, 66,5% des encadrants observent régulièrement des faits religieux dans leurs entreprises alors qu'ils n'étaient que 22% dans le baromètre 2012. Toutefois, près de 70% des comportements des salariés pratiquants sont perçus comme peu perturbateur et ne gênent pas la bonne marche de l'entreprise et la réalisation des tâches contractuellement confiées aux salariés.

309. Pour autant, la montée du phénomène religieux en entreprise engendre nécessairement une hausse des demandes et exigences de la part des salariés croyants. Entre demande d'aménagement du temps de travail notamment durant le mois du *ramadan*, ou encore pendant les jours non chômés des catholiques, comme le vendredi saint, ces situations requièrent de la part de la direction des entreprise une réponse juridique ou managériale. À ce stade, il conviendra néanmoins de rappeler que le calendrier grégorien adopté par la plupart des pays catholiques, issue d'une construction religieuse, organisant la vie sociale des croyants ne comporte pas de jours fériés pour les personnes relevant d'une autre confession. En effet, si le calendrier comporte un jour chômé pour Noël qui célèbre la nativité, c'est-à-dire, la célébration qui rappelle la naissance de Jésus-Christ de Nazareth, aucun jour n'est chômé pour l'*aïd el-Kebir*, fête commémorant la force de la foi d'*ibrahim* (Abraham dans la tradition judéo-chrétienne).

310. Pour répondre à ces différences nées des convictions religieuses des salariés, l'accommodement raisonnable a pour objet de prendre en considération les différences religieuses afin de favoriser une égalité. L'objectif étant alors d'assurer une égalité réelle plutôt qu'une égalité formelle²³⁰. Pour autant, la notion d'accommodement raisonnable inquiète en ce qu'elle trouble l'ordre social établi. Pierre Bosser écrivait à cet effet que « *l'égalité n'est donc pas un simple objectif idéaliste, il s'agit bien au contraire d'un champ de lutte idéologique particulièrement féroce. L'égalité met en péril les avantages. Sous sa forme la plus radicale, elle déstabilise tout ce*

²³⁰ MONTPETIT (M.), BERNATCHEZ (S.), « Le principe d'accommodement raisonnable en matière religieuse », *Revue du droit des religions*, 7 | 2019, 13-40.

qui est familier, place chacun face aux risques personnels que les transformations requises lui feraient courir : son statut, ses pouvoirs, ses biens matériels, ses habitudes. Même sous ses formes plus réduites ou partielles, les arguments contre tel ou tel objectif d'égalité ne manquent pas : on invoque la liberté des choix, le poids à porter par des personnes qui ne sont pas responsables des inégalités observées, ou plus prosaïquement les coûts »²³¹. Ainsi, visant l'égalité pour tous, l'accommodement raisonnable propose une solution afin de pallier les discriminations de fait, involontaires parfois. L'objectif étant de rechercher un accommodement à une situation de conflit, un outil au service du pouvoir judiciaire²³².

311. L'accommodement raisonnable est une notion tirée de la jurisprudence canadienne. En effet, la Cour suprême a déduit le principe de l'accommodement raisonnable du Code des droits de la personne de l'Ontario dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Seras Limited*²³³ « le Code confère le droit de ne pas être victime de discrimination dans son emploi. Même si aucun droit ne saurait considérer comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger (...) Dans le présent cas, conformément aux dispositions et à l'objet du Code ontarien des droits de la personne, le droit de l'employé exige que l'employeur prenne des mesures d'accommodement raisonnable ». Pour autant, le concept d'accommodement raisonnable a émergé aux États-Unis lors de l'amendement de 1972 au *Civil Rights Act* datant de 1964 obligeant l'employeur à accorder des accommodements à ses employés pour autant qu'ils n'entraînent pas une charge excessive pour l'entreprise.

312. L'accommodement raisonnable revêt différentes formes. Ainsi, constitue un accommodement raisonnable le fait d'aménager des espaces afin de les rendre plus accessibles au public en situation de handicap. Plus prosaïquement, il s'agit d'individualiser une situation de

²³¹ BOSSET (P.), : « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », dans Myriam Jézéquel (dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous*, Québec, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 10-11.

²³² *Commission des droits de la personne du Québec c. Bar La divergence*, [1994] R.J.Q 847.

²³³ CS., *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S 536.

discrimination et par conséquent, « rétablir l'égalité dans une situation concrète »²³⁴. Par extension, l'obligation d'accommodement raisonnable au Canada a été étendue à la religion. C'est le cas notamment par une obligation de proposer une adaptation des horaires de travail respectueux de la religion sauf à démontrer qu'une telle mesure engendrerait pour l'entreprise, une contrainte excessive²³⁵.

313. C'est avec un brin de clairvoyance qu'Aristote affirmait que « *l'équitable est supérieur au juste car il restaure l'égalité lorsqu'un respect intégral de la loi brise cette égalité* »²³⁶.

B. La réception de l'accommodement raisonnable en droit français

314. « *Le débat sur les accommodements raisonnables fait rage au Québec. En droit public et constitutionnel canadien et québécois, les accommodements raisonnables constituent un remède à la discrimination en milieu du travail, mais aussi celle vécue dans le cadre de la livraison de services publics en matière de santé ou d'éducation, notamment* »²³⁷. Le malaise canadien a pu débiter au lendemain de la décision *Multani* qui retient que le fait de protéger un *kirpan*, une arme symbolique de la communauté *Sikh* avec une gaine de protection constitue un accommodement raisonnable en ce que la demande ne constituait pas une demande déraisonnable ou excessive²³⁸. Depuis lors, les accommodements raisonnables entretiennent le contentieux devant les tribunaux en matière religieuse notamment. L'objectif étant d'adapter dans la mesure du possible, le poste de travail aux croyances religieuses de chacun.

²³⁴ BOSSET (P.), : *Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable* » dans Myriam Jézéquel (Dir.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment jusqu'où ? Des outils pour tous*, Québec, Éditions Yvons Blais, 2007, p.6.

²³⁵ CS., *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S 536.

²³⁶ VOYER (G.), « Le devoir de philo, Aristote, Promoteur des accommodements raisonnables », [En ligne] consulté le 27 avril 2022. URL : <https://www.ledevoir.com/societe/le-devoir-de-philo-histoire/156041/le-devoir-de-philo-aristote-promoteur-des-accommodements-raisonnables>.

²³⁷ LAMARCHE (L.), sur le modèle Canadien, in *Les religions et le droit du travail, Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, éd. Bruylant 2017, p. 391.

²³⁸ Cour suprême du Canada, 2 mars 2006, *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 RCS 256.

315. À titre d'illustration, La Cour suprême considère en matière de congé religieux concernant les enseignants, qu'« *en l'absence d'accommodement de la part de leur employeur, les enseignants de religion juive doivent perdre une journée de salaire pour observer leur jour de fête. Il s'ensuit que le calendrier scolaire a pour effet de faire preuve de discrimination envers les membres d'un groupe identifiable à cause de ses croyances religieuses. Le calendrier ou l'horaire de travail a donc un effet discriminatoire* »²³⁹. Autrement dit, la Cour considère que puisque les enseignants adeptes de la religion chrétienne n'ont pas à prendre de journées de congés puisque le calendrier prévoit déjà ces jours comme des jours fériés, ledit calendrier a un effet discriminatoire sur les adeptes des autres religions. Par conséquent, l'employeur doit faire preuve d'accommodement raisonnable. Ce débat calendaire raisonne en droit français. En effet, le calendrier prévoit les jours de fête chrétienne comme Noël, l'Ascension, etc. Pour autant, aucun congé n'est prévu pour fêter les autres fêtes religieuses. À en croire la décision de la Cour suprême, le calendrier a un effet discriminatoire. Toutefois, contrairement au système juridique canadien par exemple, l'employeur ne sera jamais tenu de procéder à un accommodement raisonnable afin d'octroyer un jour de congé supplémentaire aux salariés issus des religions dont les fêtes ne sont pas inscrites dans le calendrier.

316. Pourtant, en France, la notion d'accommodement raisonnable questionne mais ne s'impose pas. Elle questionne l'universalisme à la française qui ne distingue aucun individu ni en fonction de ses convictions religieuses, ni en fonction de son origine, ni en fonction de tout autre fondement discriminatoire. À en croire la jurisprudence française, et notamment lors de la célèbre affaire du boucher musulman de Mayotte, l'accommodement raisonnable n'est pas à l'ordre du jour. Dans cette affaire, il s'agissait d'un boucher de confession musulmane qui refusait de manipuler de la viande de porc, viande prohibée par la religion musulmane. Selon la Cour de cassation, si le salarié jouit de sa liberté religieuse, « *l'employeur ne commet [cependant] 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* »²⁴⁰. Autrement dit, le salarié est tenu d'exécuter ses

²³⁹ Cour suprême du Canada, 23 juin 1994, *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 RCS 525.

²⁴⁰ Cass, soc., 24 mars 1998, n°95-44.738 : JurisData n°1998-001346 ; Bull. civ. V, n°171 ; Dr. soc. 1998, p.614, note J. Savatier.

tâches contractuelles, tâches pour lesquelles il a été embauché. Il n'est alors pas question ici d'appliquer un quelconque accommodement raisonnable.

317. La particularité de cette affaire relève de la nature de ses fonctions. En effet, la Cour s'appuie sur la théorie du droit commun des contrats. « *Le contrat, rien que le contrat* ». La Cour de cassation considère que s'il est vrai que l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, l'employeur ne commet néanmoins aucune faute en demandant au salarié la tâche pour laquelle il a été embauché. À cet effet, la Cour remarque, à juste titre, que le salarié avait accepté d'occuper le poste de boucher et qu'à aucun moment, le salarié n'a fait remarquer qu'il ne pouvait occuper ce poste en raison de ses convictions. C'est d'ailleurs, deux ans après avoir occupé son poste qu'il estime son poste incompatible avec ses fonctions.

318. À en suivre la logique Canadienne, l'employeur aurait dû rechercher un poste de travail n'entraînant pas de contact avec la viande de porc. Plus exactement, étant salarié d'une grande surface de vente, il n'aurait probablement pas été déraisonnable de reclasser le salarié à un autre poste de travail, tel que la boulangerie par exemple. Néanmoins, la manipulation de la viande de porc était, dans ce cas, une tâche contractuellement prévue. Dès lors, en acceptant le poste de boucher, le salarié ne pouvait pas ignorer qu'il aurait été amené à manipuler de la viande de porc. En ce sens, il a accepté, en acceptant le poste, les tâches qui lui ont été confiées.

319. Ce n'est pour l'heure pas ce qui est retenu par la Cour, raisonnement repris par un arrêt en date du 19 janvier 2022 dans lequel considère que la mutation du salarié au sein du cimetière répondait à une exigence professionnelle essentielle et déterminante dès lors qu'elle était justifiée par « la nature et des conditions d'exercice de l'activité du salarié, chef d'équipe dans le secteur de la propreté ». Elle précise également que cette affectation aux tâches contractuelles. Le salarié y a été affecté « *pour exécuter ses tâches contractuelles* »²⁴¹.

²⁴¹ Cass, soc., 19 janvier 2022, n°20-14.014, FS-B : JurisData n°2022-000437.

320. Pour une partie de la doctrine, le critère devant être utilisé n'est donc pas la pertinence de la revendication par rapport à ses convictions religieuses, mais celui de la sincérité de la demande au regard du tort que lui causerait la mesure en cas de non-observance²⁴². D'ailleurs, l'analyse selon laquelle ce n'est pas la nature des convictions mais bien les effets de la méconnaissance des convictions religieuses qui doivent entrer en compte paraît alors convaincante. En effet,

321. La théorie des accommodements raisonnables a, au demeurant pénétré le droit du travail français sous une autre terminologie notamment en imposant à l'employeur de prendre des mesures raisonnables ou encore des mesures appropriées concernant l'adaptation du poste de travail par exemple en matière de handicap pour les salariés handicapés prévue à l'article L.5213-6 du Code du travail. En effet, l'employeur est tenu de prendre des mesures appropriées pour permettre aux travailleurs en situation de handicap, d'accéder, ou de conserver un emploi. Encore, en matière de maternité, « *la salariée enceinte peut être affectée temporairement dans un autre emploi, à son initiative ou à celle de l'employeur, si son état de santé médicalement constaté l'exige* »²⁴³.

322. Pourtant, il serait tentant d'admettre qu'au lendemain de la loi du 8 août 2016 instituant un nouvel article L.1321-2-1 au sein du Code du travail permettant à l'employeur de restreindre l'expression des convictions de toute nature au sein de la communauté de travail par l'insertion d'une clause de neutralité au sein du règlement intérieur, la jurisprudence en aurait fait un premier pas. En effet, la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 22 novembre 2017 impose à l'employeur de rechercher un poste n'impliquant pas de contact avec la clientèle « *plutôt que de procéder à son licenciement* ». De plus, la Cour précise que cette recherche doit tenir « *compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire* ». Pour d'autres, cette décision s'inspire de l'accommodement raisonnable canadien. À cet effet, si le terme d'accommodement raisonnable n'est pas évoqué dans la décision de la Cour, celle-ci impose une forme de reclassement du salarié préalablement à son licenciement de manière raisonnable. Le caractère raisonnable réside en l'espèce, à la nature de cette recherche.

²⁴² DRÜNDLER (T.), « La théorie des accommodements raisonnables et sa réception en France », *Revue délib.* N°2, p. 63

²⁴³ Article L.1225-7 du Code du travail.

Celle-ci devant tenir compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire.

323. Il apparaît alors, à la lumière de ces éléments, que les critères permettant de prendre en compte les convictions religieuses dans le cadre d'un accommodement raisonnable doivent dépasser les considérations purement matérielles « *afin d'être recentrés autour des valeurs fondamentales* »²⁴⁴.

324. Comme en témoigne le refus de la notion de l'accommodement raisonnable par l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 janvier 2020 et comme le précise, Tatiana Dründer, le refus du législateur d'admettre la notion d'accommodement raisonnable « *réside sans doute dans le refus du législateur de penser et d'assumer une hiérarchisation des motifs de discrimination de plus en plus nombreux, du moins un régime différencié des interdites et des réponses apportées aux discriminations constatées selon leur objet* »²⁴⁵. Dans cette hypothèse, la différence entre le droit à la non-discrimination et l'accommodement raisonnable apparaît pleinement.

325. Pour conclure, la clause de neutralité n'est évidemment pas le seul moyen de restreindre l'expression des convictions religieuses. D'ailleurs, avant la loi du 8 août 2016 et l'insertion d'un nouvel article L.1321-2-1 au sein du Code du travail, l'employeur pouvait déjà restreindre l'expression des convictions religieuses. De même, en cas d'absence de clause de neutralité au sein du règlement intérieur, l'employeur peut, s'il existe une exigence professionnelle essentielle et déterminante. En effet, l'article L.1133-1 du Code du travail précise que le droit à la non-discrimination « *ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif [poursuivi] soit légitime et l'exigence proportionnée* ». En somme, lorsque la nature d'une activité professionnelle ou lorsque les conditions d'exercice du travail nécessitent la neutralité religieuse, l'employeur peut restreindre l'expression des convictions religieuses pour autant que l'objectif soit légitime et

²⁴⁴ EID (P.), *Les accommodements raisonnables en matière religieuse et les droits des femmes : la cohabitation est-elle possible ?* commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Québec, 2006, p.4.

²⁴⁵ DRÜNDLER (T.), « La théorie des accommodements raisonnables et sa réception en France », *revue délib.* N°2, p.60-64

l'exigence proportionnée. En ce sens, il convient de se référer aux missions, aux tâches et à l'emploi du salarié.

326. En matière d'emploi, il convient de se référer au contrat de travail, lequel est notamment caractérisé par une prestation de travail. En effet, le salarié est lié à l'employeur par un contrat. Un contrat soumis au droit commun par renvoi de l'article L.1221-1 du Code du travail. Alors, comme tout contrat, les parties sont contractuellement à la loi des parties, c'est-à-dire le contrat. Ainsi, l'employeur peut, légitimement faire exécuter le contrat par le salarié. Celui-ci ne peut en principe, invoquer ses convictions religieuses pour refuser l'exécution du contrat de travail. Voici les enseignements tirés de la célèbre affaire du Boucher musulman de Mayotte qui refusait de manipuler de la viande de porc.

327. Cette possibilité, de restreindre l'expression des convictions religieuses est d'ailleurs prévue par le droit communautaire. D'ailleurs, le droit de la non-discrimination est impulsé par les directives du parlement et du conseil européen. En la matière, la jurisprudence et le droit européen sont d'une grande aide. En effet, le droit communautaire ainsi que les droits prévus par la Convention européenne et de la jurisprudence de la Cour constituent les piliers et les remparts en ce qui concerne les restrictions à l'expression des convictions religieuses. C'est en déterminant les marges d'appréciation et d'action des États membres que s'est construit le droit de la non-discrimination.

328. Quoiqu'il en soit, lorsqu'il s'agit d'étudier le fait religieux en entreprise, les restrictions sont de mise. En effet, l'analyse du fait religieux repose essentiellement sur la possibilité pour l'employeur de restreindre l'expression des convictions religieuses. À en croire les débats doctrinaux et jurisprudentiels, une autre voie semble impossible. Pourtant, le fait religieux en entreprise semble s'apparenter à un « *ballon de baudruche* ». Selon l'étude de l'institut Montaigne, près de 70% des comportements des salariés pratiquants sont perçus comme peu perturbateur et ne gêne pas la bonne marche de l'entreprise et la réalisation des tâches contractuellement confiées aux salariés.

329. D'autres États comme le Canada ont choisi une voie alternative, celle de l'accommodement raisonnable, théorie qui peine à entrer en droit français. L'accommodement raisonnable est un moyen utilisé pour faire cesser une situation discriminatoire ou le cas échéant, prévenir une telle situation. À en croire le *Civil Rights Act* de 1964 obligeait l'employeur à accorder des accommodements à ses employés lorsque leur pratique religieuse le requérait, pour autant qu'ils n'entraînent pas une charge excessive pour l'entreprise. Cela fait d'ailleurs écho à la jurisprudence du 22 novembre 2017 en matière de clause de neutralité. En effet, la Cour de cassation impose de rechercher un poste n'entraînant pas de contact avec la clientèle avant de procéder au licenciement d'une salariée qui refuserait d'ôter son voile eu égard à la politique de neutralité de l'entreprise. Pour l'heure, il s'agit le débat demeure autour de l'encadrement des restrictions à l'expression des convictions religieuses.

CONCLUSION

330. « Dès lors [qu'en 1789] les droits de l'homme ont été proclamés "inaliénables" irréductibles et non-déductibles d'autres droits ou lois, l'homme est apparu comme seul souverain en matière de droits tandis que le peuple a été souverain en matière de gouvernement »²⁴⁶. Aspect important des droits de l'homme, la liberté de conscience est au cœur du débat public et juridique, tant la question religieuse s'invite dans toutes les strates de la société dont le monde du travail.

331. En effet, le fait religieux se fait de plus en plus présent dans l'entreprise. Entre les demandes relatives aux convictions religieuses comme un jour de congé, un aménagement du poste de travail ou des horaires de travail et les refus d'exécuter des tâches contractuelles, comme le refus d'un boucher de manipuler de la viande de porc, le fait pour un *sikh*, d'être muté dans un cimetière, etc. Les manifestations identitaires sont devenues plus fréquentes qu'auparavant selon l'observatoire du fait religieux. La question religieuse s'est invitée de manière massive dans les entreprises privées. Question au demeurant sensible, la conciliation entre les convictions religieuses et l'exécution du travail suscite de nombreuses interrogations et controverses. C'est parce qu'il occupe une place croissante, après avoir fait irruption dans l'entreprise, que ce phénomène questionne l'ordre juridique interne et international. Cela pourrait pour autant, être le signe d'une bonne santé de la laïcité française²⁴⁷.

332. Cette notion de laïcité fait resurgir en la matière, tant ce principe peut être malmené et dévoyé. Cette notion renvoie de manière de concevoir l'État politique comme n'exerçant aucun pouvoir religieux. Inversement, les religions n'exercent pas le pouvoir politique, pour reprendre les termes de René Capitant. Plus précisément, l'État doit entretenir une certaine distance à l'égard des religions. Pour autant, si l'État est neutre à l'égard des religions, les religieux ou, les croyants, eux, ne sont pas soumis en principe, à une obligation de neutralité dans l'espace public. En effet, en France, comme dans beaucoup d'autres États, les citoyens peuvent arborer un signe distinctif de religion. Le port de signes religieux dans l'espace public n'a pas été remis en cause. Si le débat

²⁴⁶ ARENDT (A.), WEIL (P.), *De la laïcité en France*, éd. Grasset et Fasquelle, Paris 2021, p.8.

²⁴⁷ WEIL (P.), *De la laïcité en France*, éd. Grasset et Fasquelle, Paris 2021, p.117.

public tente d'y inscrire une neutralité dans l'espace public, la loi du 11 octobre 2010 prohibe simplement les tenues destinées à dissimuler le visage.

333. La liberté de religion énoncée dans la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et d'autres textes internes et internationales est l'un des plus anciens droits à avoir été reconnus. La liberté confessionnelle permet à tous, de croire ou de ne pas croire sans ingérence d'une quelconque autorité. Tel est le sens de cette liberté arborée au rang des principes établis par la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948. Néanmoins, si cette liberté relève d'une importance particulière dans un temps où des massacres sont perpétrés au nom d'une religion, sa mise en œuvre s'avère plus ombrageuse.

334. Cette complexité trouve une place importante dans le monde du travail. Pour reprendre les termes de Léon Gambetta sur le sort de l'Alsace et de la Lorraine, au lendemain de la défaite de 1870 trouve ici une résonance particulière, « *pensons-y, n'en parlons jamais* ». Alors, si la laïcité est un principe profondément ancré dans la sphère publique, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas applicable aux personnes privées où règne, la liberté religieuse des salariés.

335. Un droit ne vaut que si son titulaire peut effectivement l'exercer. À ce titre, la Cour européenne des droits de l'Homme a, à de nombreuses reprises, précisé que les droits garantis par la Convention ou ses protocoles additionnels doivent être interprétés de manière qu'ils soient « *concrets et effectifs et non théoriques et illusoire* »²⁴⁸.

336. Dès lorsqu'il s'agit de protéger les droits et libertés des salariés, deux textes s'imposent. D'abord, l'article L.1121-1 du Code du travail qui prohibe les atteintes aux droits et aux libertés de manière injustifiée. Ensuite, l'article L.1132-1 du même Code qui pose le principe de non-discrimination. Dès lors, au regard de ces textes, un salarié ne peut se voir restreindre sa liberté religieuse, ou plus exactement, sa liberté de manifester ses convictions religieuses de manière injustifiée ni faire l'objet d'une discrimination directe ou indirecte, sur le fondement des convictions religieuses.

²⁴⁸ CEDH., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n°6289/73.

337. En ce qui concerne la protection de la liberté de manifester ses convictions religieuses, l'employeur peut y apporter des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir à condition que celles-ci soient proportionnées au but recherché. C'est ce que prévoit l'article L.1121-1 du Code du travail. À ce titre, à la suite de l'affaire *baby-loup* qui concernait le port du voile au travail, le législateur de 2016 a pris le contre-pied de la jurisprudence en adoptant un nouvel article L.1321-2-1 du Code du travail, permettant à l'employeur de restreindre l'expression des convictions religieuses des salariés dans l'entreprise.

338. Ce texte, qui permet alors, de restreindre, à travers le règlement intérieur de l'entreprise, l'expression des convictions religieuses, prend le sens contraire de celui donné par la loi du 4 août 1982²⁴⁹ en matière de règlement intérieur qui avait vocation notamment, à protéger les droits des salariés. En l'occurrence, si la préservation des droits et libertés demeure le principe, le pouvoir de direction de l'employeur peut justifier des restrictions aux droits et libertés dans l'entreprise si ces restrictions sont justifiées et proportionnées.

339. L'exercice de la liberté religieuse à travers l'expression des convictions nécessite d'interroger la discrimination qui est au cœur des politiques publiques depuis les années 1970. Elle nécessite de s'interroger sur le mythe républicain afin d'analyser le décalage entre les principes et la réalité de la pratique en entreprise.

340. Au-delà de l'étroitesse des liens unissant la discrimination religieuse de la discrimination fondée sur le sexe, ou sur la race de la personne, pour reprendre les termes de l'article 1^{er} de la Constitution, le principe de discrimination religieuse est essentiel pour appréhender ce régime restrictif.

341. La discrimination décrit le traitement préjudiciable d'un individu ou d'un groupe en fonction de ce qu'ils sont supposés être. Autrement dit, le principe de non-discrimination tend à égaliser les individus en droit. Plus encore, le principe de non-discrimination fournit « *des solutions opératoires auxquelles l'égalité seule ne pourrait parvenir* ». Si le principe de non-discrimination est la pierre angulaire de la relation de travail, celui-ci ne fait pas obstacle à ce que l'employeur procède à une différence de traitement lorsqu'elle répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Notion floue,

²⁴⁹ Loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Loi dite loi Auroux.

les exigences professionnelles essentielles et déterminantes est fonction de l'activité professionnelle ou des conditions d'exercice du travail. Autrement dit, la nature du poste ou de l'activité professionnelle, peut justifier que le port d'un signe distinctif de religion soit limité. Une différence de traitement fondé sur l'expression des convictions religieuses est, *de facto*, admise dans les entreprises privées.

342. Autrement dit, il est nécessaire de souligner l'absence d'incompatibilité de fait, entre l'exercice des convictions religieuses dans l'entreprise et l'exécution du contrat de travail. D'ailleurs, la protection de cette liberté à travers le libre exercice du culte dans l'entreprise et la protection contre les discriminations fondées sur les convictions religieuses demeure la règle. Seules des restrictions proportionnées au but recherché et justifiées par la nature de la tâche à accomplir ainsi que la caractérisation d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante peuvent constituer une atteinte à cette liberté d'exercice du culte. Telle est la philosophie du législateur en matière de gestion du fait religieux en entreprise.

343. Cette gestion restrictive de la liberté d'exprimer ses convictions religieuses ne constitue pas la seule voie ouverte au traitement du fait religieux. La recherche d'un accommodement raisonnable peut être envisagée comme c'est le cas dans de nombreux pays comme au Canada par exemple. Cette notion d'accommodement raisonnable constitue un moyen, un outil de conciliation des droits et libertés des salariés avec l'exécution des tâches contractuelles dans l'entreprise, sans que cela ait pour effet, de faire porter sur l'employeur, une contrainte déraisonnable. Justifier l'accommodement raisonnable au nom du droit à l'égalité est le choix fait par certains pays. Charles Taylor décrivait lui-même une société fondée sur « *le respect de la pluralité et de l'égalité des perspectives religieuses et morales, tout comme des conceptions du monde et du bien* ».

344. Appliqué aux problématiques concrètes contemporaines, l'employeur pourrait adapter le poste de travail d'un salarié durant le mois du ramadan ou encore l'affecter à un autre poste de manière provisoire. Tel pourrait être le sens de la loi du 8 août 2016 qui impose à l'employeur de rechercher un poste de travail n'impliquant pas de contact avec la clientèle, avant de procéder à son licenciement.

345. Pour l'heure, la question des exigences ou revendications de nature culturelles demeure inaudible, suscitant des réactions passionnées lorsqu'il s'agit de proposer toute forme d'accommodement raisonnable au nom d'un certain « *communautarisme* » ou encore, de voir en l'arrangement de l'entreprise et la religion, comme une atteinte à la laïcité ou au principe d'universalisme.

346. « *Certains hommes croient en Dieu. D'autres en plusieurs. D'autres se tiennent pour agnostiques et refusent de se prononcer. D'autres enfin sont athées. Tous ont à vivre ensemble. Et cette vie commune, [...], doit assurer à tous à la fois la liberté de conscience et l'égalité de droits* »²⁵⁰. Sans adhérer à la philosophie de Henri Pena-Ruiz, celle-ci entend mettre en pratique les termes de Saint-Exupéry, afin qu'elle puisse raisonner dans nos sociétés, « *si tu diffères de moi, mon frère, loin de me léser, tu m'enrichis* ». L'enjeu demeure alors, de construire une société démocratique pluraliste, fondée sur la reconnaissance raisonnable des singularités.

347. Pour reprendre les termes d'un adage populaire, « *l'impossible n'est pas français* ».

²⁵⁰ PENÉ-RUIZ (H.), *Qu'est-ce que la laïcité ?* Paris. Gallimard, 2003. Print.p. 24.

BIBLIOGRAPHIE

1. TRAITÉS, MANUELS, DICTIONNAIRES ET OUVRAGES

AUZERO (G.), BAUGARD (D.), et DOCKES (E.), Droit du travail, Précis Dalloz, 31^{ème} édition, 2018, 1780 p.

BRUN (A.), et GALLAND H., Traité de droit du travail, 2^e éd., Paris, Sirey, 1978, t. 1. 596 p.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, puf, 2007, 1091 p.

DELBECQUE (PH.), et PANSIER (F-J.), *Droit des obligations, responsabilité civile, contrat*, Litec, 2^e ed. Corrigée, 1998, 306 p.

DUPRÉ DE BOULOIS (X.), *Droit des libertés fondamentales*, PUF, Thémis droit, 2018, 624 p.

MESSNER (F.), PRELOT (P.H.), et WOEHLING (J.M.), *Traité de droit français des religions* », *Archives de sciences sociales des religions*, 124 | 2003, 2002 p.

SÉRIAUX (A.), SERMET (L.), et VIRIOT-BARRIAL (D.), *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses 1998, 603 p.

2. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES ET MÉMOIRES

ARISTOTE, *Éthique de Nicomaque*, Flammarion, 1992, 560 p.

AUVERGNON (P.) et al., *Droit et religion en Europe*, Presses universitaires de Strasbourg, Coll. Société, droit et religion, 2019, 586 p.

BELLOC (B.), POUSSON (A.), et al. *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, PUSS Toulouse, 2002, 552 p.

BERGSON (H.), *Les deux sources de la morale et de la religion*, éd. Flammarion, 2012, 448 p.

BRECHON (P.), ASTOR (S.), et GONTHIER (F.), *La France des valeurs, quarante ans d'évolution*, Presses universitaires de Grenoble, 2019, 382 p.

CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Coll. Bibliothèque de droit privé. LGDJ, 1995, t.250 , 415p.

CALLERBAT (B.), DE COURREGES (H.), PARISOT (V.), *Les religions et le droit du travail, Regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, éd. Bruylant 2017, 522 p.

COUTURIER (G.), SAVATIER (J.), et al. *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du xxi^e siècle*, Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Dalloz, 2001, 560 p.

DECAUX (E.), et IMBERT (P-H.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Economica 2^e éd. 1999, 1230 p.

DE TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique*, t. 2, éd. GF-Flammarion, 1981, Paris, 416 p.

DELMAS-MARTY (L.), *critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, Paris, 2004, 330 p.

FREUD (S.), *Nouvelles conférences sur la psychanalyse*, éd. Fallimard, 1989, 257 p.

JEZEQUEL (M.), et BOSSET (P.), *Les accommodements raisonnables : quoi, comment jusqu'où ? Des outils pour tous*, Québec, Éditions Yvons Blais, 2007, 390 p.

MARX (K.), *Critique de la philosophie du droit de Hegel*, éd. Allia, 2018, 48 p.

MAILLARD (D.), *Quand la religion s'invite dans l'entreprise*, Malaise dans le travail, éd. Fayard 2017 216 p.

NORDMANN (C.), *Le Foulard islamique en question*, Paris, éditions d'Amsterdam, 2004, 117 p.

PENA-RUIZ (H.), *Qu'est-ce que la laïcité ?* Paris. Gallimard, 2003. 346 p.

PIERA (S.), sous la direction de MONGE M., *La querelle du calendrier en France : fin XVIe – début XVIIe siècle*

PLANA (S.), *Le prosélytisme religieux à l'épreuve du droit privé*, l'Harmattan, 2006, 588 p.

RENOU (X.), *Désobéir : le petit manuel*, Le passager clandestin, 2012, 176 p.

SABLIÈRE (P.), *le statut légal de l'objection de conscience en France*, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, 1971, 632 p.

SÉRÉNO (S.), *Le défenseur des droits et les discriminations dans l'emploi*, PUAM, 2017, 916 p.

WAQUET (Ph.), *Les libertés dans l'entreprise : du salarié-citoyen au citoyen salarié*, Éd. Liaisons, 2003. 206 p.

WEIL (P.), *De la laïcité en France*, éd. Grasset et Fasquelle, Paris 2021, 159 p.

3. ARTICLES ET REVUES

ADAM (P.), LE FRIANT (M.), PÉCAULT-RIVOLIER (L.), et TARASEWICZ (Y.), « La religion dans l'entreprise - L'art (difficile) des limites », *RDT*, 2016, pp.532-539.

ANTONMATTEI (P-H.), « Le licenciement pour trouble objectif », *Dr. Soc.* 2012, pp.10-13.

BOSSU (B.), « Neutralité, convictions et religion », *Dr. Ouv.*, 2017, n°823, pp. 112-118.

BRIBOSIA (E.), et BOMBOIS (T.), « Interdiction de la discrimination à raison de l'âge : du principe, ses exceptions et de quelques hésitation ... » *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 47, n°1, 2011, p.41-84.

CROUZATIER-DURAND (F.), « L'affaire Babyloop, un point sur la laïcité dans les services publics locaux », *Revue Lamy collectivités territoriales*, 2014, n°102 pp. 102-106.

CORRIGNAN-CARSIN (D.), « Entre laïcité et liberté religieuse, l'art difficile du compromis », *JCP*, éd. G, n°19-20, 6 mai 2013, p.935-939.

COUTURIER (G.), et al. « Le contrat au début du XXIème siècle : Études offertes à Jacques Ghestin », *LGDJ*, Paris, 2001, 1040 p.

DELMAS-MARTY L., et IZORCHE, « Marge d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », 4 *RIDC* (2000) pp. 753-780

DESBARATS (I.), « Entre laïcité et neutralité : quelles frontières en droit du travail ? », *Revue du droit des religions*, 4 | 2017, pp. 51-67.

DRÜNDLER T., « La théorie des accommodements raisonnables et sa réception en France », *revue délib.* n°2, pp.60-64.

GAY (V.), « Grève saintes ou grèves ouvrières ? Le “problème musulman” dans les conflits de l’automobile, 1982-1983 », *Genèses*, n°98, 2015, p.110-130.

GONZALEZ (G.), « Liberté d’expression et convictions religieuses dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l’homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 8 | 2010, pp. 91-102.

HERNU (R.), « Principe d’égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », éd. *LGDJ*, 2003, pp.18-25.

LAMBERT ABDELGAWAD (E.), et RAMBAUD (T.), (dir.) « Analyse comparée des discriminations religieuses en Europe », *Société de Législation comparée*, Collection Colloques, 2011. 277 p.

MOHSEN-FINAN (K.), et BERTOSSI (C.), « Le débat public confessionnalisé », *Confluences Méditerranée*, vol. 57, no. 2, 2006, p. 131 – 139.

MOIZARD (N.), « Les toges européennes se déchirent sur le voile au travail », *RDT* 2016, pp. 51-67.

MOULY (J.), « La CJUE et le voile dans l’entreprise privée : le recul de la protection contre les discriminations », *Dalloz*, 2017, p. 947.

MUZNY (P.), « Le droit à l’objection de conscience au service militaire pour motifs religieux », *Revue du droit des religions*, 1 | 2016, pp. 129-143.

PINATEL (F.), « Neutralité religieuse dans l’entreprise : jurisprudences européennes », *Les Cahiers Lamy du DRH*, janvier 2021, n°282, pp.49-56.

RIVERO (J.), « La notion juridique de la laïcité », *Rec. Dalloz*, 1949, chronique. XXXIII, pp. 137-140.

ROBIN-OLIVIER (S.), « Neutraliser la religion dans l'entreprise ? » *RDT Europ.* 2017, 229 p.

SALAS (D.), « La laïcité, le dévoiement sécuritaire », *Dalloz, Les cahiers de la justice*, 2018/3 n°2 p.389-395.

TRUDEAU (G.), 29^e colloque de la Revue droit social : « Vie professionnelle et vie personnelle », n°1 actes Janvier 2010. P.12-14.

WOLMARK (C.), « Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs ? » *Dr. Ouvrier*, Avril 2017, n°825., pp. 226-232.

4. COMMENTAIRES, NOTES ET OBSERVATIONS

BOSSU (B.), « Discrimination fondée sur les convictions religieuses et exigence professionnelle essentielle et déterminante, » Note sous Cass, soc., 19 janvier 2022, n°20-14.14, *JCP S*, n°9, 2022, p.1064.

BOSSU (B.), « Le port du voile islamique confronté au principe de neutralité », Note sous, cass, soc., 22 novembre 2017, n°13-19.855.

COLONNA (J.), et **RENAUX-PERSONNIC (V.)**, « Après le voile... la barbe ! », Note sous, Cass, soc., 8 juillet 2020, n°1823.743, *La lettre juridique*, juillet 2020.

MOIZARD (N.), « La CJUE limite la reconnaissance de la discrimination multiple ». Note sous CJUE, 24 novembre 2016, C-443/15, **PARRIS (D.)**, *RDT*, 2017, p. 267.

PINATEL (F.), « Le port du voile islamique confronté au principe de neutralité (suite) », Note sous Cass. soc., 22 novembre 2017, n° 1319.855, *JCP S*, 2017, n° 49, pp. 23-26.

5. RAPPORTS, ENQUÊTES ET ÉTUDES

ADAM (I.), et REA, (A.), (dir.), « La diversité culturelle sur le lieu de travail », *institute for european studies*, ULB Bruxelles 2010, 151 p.

ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport de Christophe SIRUGUE fait au nom de la commission des affaires sociales, n°3909, 30 juin 2016, 345 p.

ASSEMBLÉE NATIONALE, Rapport de Alain GEST, au nom de la commission d'enquête sur les sectes, n°2468, 22 décembre 1995, 127 p.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, COMMISSION DE VENISE, Rapport *sur les relations entre liberté d'expression et liberté de religion : réglementation et répression du blasphème, de l'injure à caractère religieux et de l'incitation à la haine religieuse*, adopté par la Commission de Venise lors de sa 76^e session plénière (Venise, 17-18 oct. 2008), étude n° 406/2006. 20 p.

COMITÉ CHARGÉ DE DÉFINIR LES PRINCIPES ESSENTIELS DU DROIT DU TRAVAIL, Rapport de Monsieur Robert BADINTER remis au Premier Ministre, Janvier 2016, 12 p.

DEBRAY (R.), « L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque », Rapport, 1^{er} février 2002, 35 p.

HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *Expression religieuse et laïcité en entreprise*, Avis, 2011, 24 p.

HAUTE AUTORITÉ DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ET POUR L'ÉGALITÉ (HALDE), Délibérations, n°2008-32 du 3 mars 2008 et n°2009-117 du 6 avril 2009.

INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES (INSEE), Références, *Emploi, chômage, revenus du travail*, éd. 2020. 9 p.

INSTITUT RANDSTAD, *L'entreprise, le travail et la religion*, 22 septembre 2016, étude 2016, 32 p.

LYON-CAEN G., *Les libertés publiques et l'emploi*, rapport, La documentation française, décembre 1992, 174 p.

MINISTÈRE DU TRAVAIL, Guide pratique du fait religieux dans les entreprises privées, Janvier 2017, 36 p.

OBSERVATOIRE DE LA LAÏCITÉ, *Étude sur la visibilité et l'expression religieuses dans l'espace public en France*, 10 juillet 2019, 38 p.

OPINIONWAY, sondage réalisé pour Bic Shave Club, Rasé de près ou arborant une barbe de trois jours : petite sociologie du rasage des Français, 2018, 8 p.

VALFORT (M-A.), *Discriminations à l'embauche : une réalité*, Institut Montaigne, Octobre 2015, 142 p.

6. ARTICLES EN LIGNE

BALIBAR (E.), « Le mot *race* n'est pas “de trop” dans la Constitution française ». In : *Mots*, n°33, décembre 1992. « *Sans distinction de ... race* », sous la direction de BONNAFOUS (S.), HERSZBERG (B.) et ISRAEL (J-J.), Israel. pp. 241-256. URL : www.persee.fr/doc/mots_0243-6450_1992_num_33_1_1757.

GASTALDI (N.), « La loi de séparation du 9 décembre 1905 et sa mise en œuvre », *Histoire par l'image* [en ligne], consulté le 15 février 2022. URL: <http://histoire-image.org/fr/etudes/loi-separation-9-decembre-1905-sa-mise-oeuvre>.

HOFFSCHIR (N.), et ORIF (V.), « La lutte contre les discriminations et les freins à la mise en œuvre des mesures d’instruction en droit du travail », *La Revue des droits de l’homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 07 mars 2016, consulté le 21 décembre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2053>.

JOIGNOT (F.), « Laïcité : comment s’accommoder des religions en société. Et jusqu’où ? L’exemple canadien des “accommodements raisonnables” », *Le monde*, [En ligne] mis en ligne le 18 janvier 2013, consulté le 22 mai 2022. URL : <https://www.lemonde.fr/blog/fredericjoignot/2013/01/18/942/>.

MORRI (J.), « Une pilule dure à avaler : La Cour suprême des Etats-Unis consacre l’entreprise de tendance à but lucratif », *La Revue des droits de l’homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 septembre 2014, consulté le 21 mai 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/871>.

RAY (J-E.), « Les libertés dans l'entreprise », *Pouvoirs*, 2009/3 (n° 130), p. 127-142 [En ligne], consulté le 18 janvier 2022. URL : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-3-page-127.htm>.

TABLE DES JURISPRUDENCES

COUR DE CASSATION

Cass, crim., 25 avril 1973, Bull. crim. N°231

Cass, soc., 17 octobre 1973, n°72-40.360

Cass, Ass., Plén.19 mai 1978, n°76-41.211

Cass, soc., 28 avril 1988, n°87-41.904

Cass, soc., 20 novembre 1991, n°89-44.605

Cass, soc., 13 novembre 1996, n°94-13.187

Cass, soc., 24 mars 1998, n°95-44.738

Cass, soc., 24 juin 1998, n°95-44.757

Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001, n°99-10.928.

Cass, soc., 2 octobre 2001, n°99-42.942

Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, n°04-11.732.

Cass, crim., 14 novembre 2006, n°05-85.565

Cass, soc., 15 mai 2007, n°05-42.894

Cass, ch. Mixte., 18 mai 2007, n°05-40.803

Cass, soc., 12 juillet 2010, n°08-45.509

Cass, soc., 26 janvier 2011, n°09-71.271

Cass, soc., 19 mars 2013, n°12-11.690

Cass, soc., 19 mars 2013, n°11-28.845

Cass, soc., 10 avril 2013, n°11-25.841

Cass, soc., 14 mai 2014, n°13-10.913

Cass, soc., 18 février 2016, n°14-23.155

Cass, soc., 14 septembre 2016, n°15-15.944

Cass, soc., 22 novembre 2017, n°13-19.855

Cass, soc., 7 février 2018, n°16-24.834

Cass, soc., 8 juillet 2020, n°18-23.743

Cass, soc., 13 janvier 2021, n°19-14.050

Cass, soc., 10 février 2021, n°19-20.397
Cass, soc., 14 avril 2021, 19-24.079
Cass, soc., 10 novembre 2021, n°20-12.263
Cass, soc., 19 janvier 2022, n°20-14.014
Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2022, n°20-20.185

CONSEIL D'ÉTAT

CE., 3 mai 1950, n°28238, *Demoiselle J.*,
CE., 1^{er} février 1980, n°06361, *Société peintures corona*
CE., 25 janvier 1989, Dr. Soc. 1990, p. 201, concl. J. De Clausage
CE., 16 janvier 2004, n°264314, *Ahmed X c/ OPHLM de Saint Dizier*
CE., *réf.* 26 août 2016, n°402742

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons, const., 16 janvier 1982, n°81-132 DC.
Cons. const., 20 juillet 1988 n°88-244 DC,
Cons, const., 27 juin 2001, n°2001-446 DC
Cons, const., 27 juillet 1994, n°94-343/344 DC
Cons, const., 21 février 2013, n°2012-297 QPC
Cons, const., 18 octobre 2013, n°2013-353 QPC

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n°6538/74

CEDH., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n°6289/73

CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, req. n°10828/84

CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n°14307/88.

CEDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institute c. Autriche*, req. n°13470/87

CEDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis*, req. n°18748/91

CEDH, 3 décembre 1996, *Kontinnen c. Finlande*, req. n°24949/94

CEDH, 9 avril 1997, *Stedman c. Royaume Uni*, req. n°29107/95

CEDH, 18 février 1999, *Buscarini et autres c. Saint-Marin*, req. n°24645/94

CEDH, 15 février 2001, *Dahla c. Suisse*, req. n°42383/98

CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n°44774/98

CEDH, 13 mars 2006, *Timichev c. Russie*, req. n°55762/00

CEDH, 29 juin 2007, *Folgerø et autres c. Norvège*, req. n°15472/02

CEDH, 3 juin 2010, *Dimitras et autres c. Grèce*, req. n°42837/06

CEDH, 23 septembre 2010, *Obt c/Allemagne*, req. n°425/03,

CEDH, 7 juillet 2011 *Bayatyan c. Arménie*, req. n°23459/03

CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida c. Royaume-Uni*, req. n°48420/10, n°59842/10, n°51671/10 et n°36516/10.

CEDH, 26 novembre 2015 *Ebrahimian*, req. n°64846/11

CEDH, 2 février 2016, *Sodan c. Turquie*, req. n°18650/05

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

CJUE., 2 janvier 2010, *Wolf c. Stadt Frankfurt am main*, aff. C-229/08

CJUE., 13 septembre 2011, *Prigge e.a. c. Deutsche Lufthansa*, aff. C-447/09

CJUE., 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. C-335/11 et C.337/11

CJUE., 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui et association de défense des droits de l'Homme (AADH) c/ Micropole SA* aff. C-188/15

CJUE., 14 mars 2017, *Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme / Micropole Univers*, aff. C-188/15

CJUE, 14 mars 2017, *Achbita, Centrum voor Gelijkheid van kassen en voor racismebestrijding / G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15

CJUE., 17 avril 2018, *Egenberger c. Evangelisches Werk für Diajonie und Entwicklung*, aff. C.68/17

CJUE., 11 septembre 2018, aff. C-68/17

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	2
ABRÉVIATIONS	3
INTRODUCTION.....	6
PARTIE I : LA LIBERTÉ RELIGIEUSE : UNE LIBERTÉ CONFORTÉE	19
CHAPITRE I : L’AFFIRMATION DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DES SALARIÉS.....	20
<i>Section 1- La caractérisation de la liberté religieuse</i>	<i>20</i>
I. L’avènement de la liberté de religieuse comme liberté fondamentale.....	21
A. La garantie du libre exercice du culte dans l’espace public	21
B. L’étendue de la liberté de religion.....	23
II. Les corollaires nécessaires à la liberté religieuse.....	26
A. La tolérance comme condition nécessaire à la liberté religieuse	26
B. Le droit d’agir en son âme et conscience	29
<i>Section 2 – La manifestation de la liberté religieuse en droit du travail.....</i>	<i>33</i>
I. La manifestation directe de la liberté religieuse en droit du travail	33
A. La diffusion de la liberté religieuse par les fondements normatifs	34
B. La prise en compte du phénomène religieux dans la promotion de la diversité	37
II. La manifestation indirecte de la liberté religieuse en droit du travail.....	39
A. La liberté d’exprimer ses convictions religieuses	40
B. La sanctuarisation de la liberté religieuse au travers du respect de la vie personnelle du salarié	42
CHAPITRE II : LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE DES SALARIÉS	46
<i>Section 1 : La protection de la liberté religieuse des salariés dans l’entreprise.....</i>	<i>47</i>
I. La protection de la liberté religieuse comme facteur d’intégration du fait religieux en entreprise	47
A. L’avènement des droits et libertés dans l’entreprise	48
B. La protection des droits et libertés individuels des salariés du secteur privé.....	50
II. Le principe de non-discrimination comme vecteur de protection de la liberté religieuse	52

A.	L'expression d'une pratique religieuse au carrefour des discriminations.....	53
B.	La protection des salariés contre la discrimination	55
	Section 2 : La sanction de l'atteinte illicite à la liberté religieuse des salariés dans les entreprises privées	58
I.	La sanction civile comme sanction de l'atteinte au for intérieur des salariés	58
A.	La nullité comme sanction civile de l'atteinte illicite à la liberté religieuse.....	58
B.	Les conséquences de la nullité de la mesure attentatoire à la liberté religieuse.	61
II.	La sanction pénale comme rétribution de l'atteinte portée à l'ordre social	63
A.	Les infractions pénales relatives à la discrimination fondée sur les convictions religieuses.....	64
B.	Les sanctions pénales prévues par le Code du travail	66
	CONCLUSION INTERMÉDIAIRE.....	71
	PARTIE II : LA LIBERTÉ RELIGIEUSE : UNE LIBERTÉ LIMITÉE	73
	CHAPITRE I : L'INTÉGRATION DE LA NEUTRALITÉ RELIGIEUSE.....	74
	<i>Section 1 - La restriction des libertés religieuses par le règlement intérieur.....</i>	<i>75</i>
I.	L'apport du dispositif restrictif de la manifestation des convictions religieuses en droit du travail	75
A.	Le dispositif de la neutralité religieuse dans le Code du travail.....	75
B.	L'intégration de la neutralité religieuse dans les entreprises privées.....	78
II.	La justification de la clause de neutralité dans les entreprises privées	80
A.	La protection des droits et libertés d'autrui.....	80
B.	La clause de neutralité comme garantie de protection du bon fonctionnement de l'entreprise.....	82
	<i>Section 2 : La portée de la clause de neutralité.....</i>	<i>85</i>
I.	La mise en œuvre de la clause de neutralité.....	85
A.	La portée générale de la clause de neutralité.....	85
B.	L'exigence de proportionnalité de la clause de neutralité.....	88
II.	La modification du régime de protection de la liberté religieuse en entreprise	91
A.	La croisée du droit des libertés et du droit de la non-discrimination	91
B.	Le glissement de la discrimination directe à la discrimination indirecte	94

CHAPITRE II : LA DISSONANTE GESTION DU FAIT RELIGIEUX EN DROIT	99
<i>Section 1 : La sophistication des exigences professionnelles essentielles et déterminantes</i>	<i>100</i>
I. Les restrictions à la liberté religieuse fondée sur des exigences essentielles et déterminantes	100
A. Les composantes des exigences professionnelles essentielles et déterminantes..	101
B. La théorie civiliste au secours du droit du travail	104
II. L'exigence professionnelle essentielle et déterminante en droit européen de la non-discrimination.....	107
A. L'apport du droit de l'Union européenne en matière d'exigence professionnelle essentielle et déterminante	108
B. La justification de la dérogation au principe de non-discrimination en droit européen	109
<i>Section 2 : L'opportunité du régime restrictif de la liberté religieuse.....</i>	<i>112</i>
I. L'apport du juge européen dans la gestion du fait religieux	112
A. La détermination des valeurs démocratiques par le juge européen.....	113
B. L'imprégnation de la marge d'appréciation européenne en matière de restriction religieuse	116
II. L'accommodement raisonnable de l'employeur comme vecteur d'émancipation des travailleurs.....	118
A. L'accommodement raisonnable comme outil en faveur du fait religieux en entreprise	119
B. La réception de l'accommodement raisonnable en droit français.....	121
CONCLUSION	128
BIBLIOGRAPHIE	133
TABLE DES JURISPRUDENCES	142

