



Neutralité religieuse dans l'entreprise : jurisprudences européennes



François PINATEL
Avocat au Conseil d'État
et à la Cour de cassation

UNE QUESTION NON CIRCONSCRITE À L'HEXAGONE

Il est classique de considérer que nous aurions, en France, en raison de la place particulière qu'occupe chez nous le principe de laïcité, une sensibilité plus grande qu'ailleurs à la question du fait religieux dans l'entreprise. Il est vrai que depuis bientôt 10 ans, et l'inépuisable feuilleton *Baby Loup*, la question agite la doctrine. Il est même possible, sans prendre trop de risques, d'affirmer qu'elle passionne. Le nombre de colloques et de publications qui lui ont été consacrés ces dernières années suffit à le démontrer. C'est un paradoxe, au demeurant, car les enjeux contentieux demeurent pour l'instant assez limités : très peu de tribunaux sont saisis de litiges mettant en jeu des difficultés liées à l'expression de

Si la CEDH, gardienne des libertés fondamentales, semble privilégier la libre expression des convictions religieuses au respect de la neutralité dans l'entreprise, la CJUE a en revanche élaboré un cadre juridique précis pour que ce principe puisse s'appliquer.

croyances religieuses dans l'entreprise et les arrêts de la Cour de cassation sur le sujet, aussi spectaculaires ont-ils pu être parfois, se comptent à peine davantage que sur les doigts d'une main.

En réalité, la France ne jouit sur ce sujet d'aucune exception culturelle. La

question du fait religieux dans l'entreprise est une problématique commune à l'ensemble des États européens et elle se pose partout dans des termes similaires ⁽¹⁾. Les difficultés auxquelles sont parfois confrontées en France certaines entreprises appelées à faire face à de nouveaux comportements religieux, plus démonstratifs qu'auparavant, existent tout autant à Rome, à Bruxelles, à Berlin qu'à Paris,

(1) A. Gardin et J-Ph. Lhernould, « *Autour du principe de neutralité dans l'entreprise* », Dr. soc. 2018, p. 312 et s.



Marseille ou Bordeaux. Ce qui diffère est éventuellement une certaine façon d'envisager le problème, de le penser intellectuellement : on mettra l'accent, en France, sur la laïcité, conçue comme une valeur dépassant sa stricte signification juridique, quand ailleurs on mettra plus volontiers en avant la liberté religieuse ou le principe de non-discrimination. Mais les difficultés sont communes et se résument en une unique question : comment articule-t-on le droit dont dispose chacun de croire et, le cas échéant, d'exprimer sa croyance avec les contraintes de l'entreprise, qui n'est habituellement pas un lieu de croyance ? En d'autres termes, est-il possible de faire de l'entreprise un lieu soustrait à l'expression des convictions religieuses, un espace où règnerait une neutralité de principe ?

Dans un continent où le droit est de plus en plus intégré, il était logique que la jurisprudence européenne se saisisse de cette problématique commune aux États. L'on devrait cependant plutôt parler *des jurisprudences européennes*. Car ici, elles sont deux : il y a celle de la **Cour européenne des droits de l'Homme**, d'un côté, et celle de la **Cour de justice de l'Union européenne**, de l'autre. Or, si l'une comme l'autre permettent certainement de constater l'émergence d'un principe de neutralité en Europe ou, plus précisément, d'un *droit des entreprises à la neutralité*, leurs raisonnements sont sensiblement différents. **Là où la Cour européenne des droits de l'Homme envisage le problème sous l'angle de la liberté religieuse, la Cour de justice de l'Union européenne l'aborde comme une exception au principe de non-discrimination.** Il en résulte deux versions sensiblement différentes de la neutralité : là où la CEDH, toute de liberté religieuse imprégnée, montre une certaine réticence vis-à-vis de la neutralité, la CJUE en fait un droit très clairement consacré et juridiquement encadré.

« TIÈDE » RECONNAISSANCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Liberté de croire ≠ liberté de manifester sa religion

Il importe d'abord de rappeler la manière dont classiquement la CEDH conçoit la liberté religieuse. Considérée comme l'une des assises des sociétés dé-

mocratique et protégée par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la liberté religieuse est appréhendée par celle-ci sous un double aspect : un aspect *interne*, qui correspond aux convictions profondes, personnelles et intimes des individus, et un aspect *externe*, correspondant aux manifestations individuelles ou collectives d'une croyance – ou d'une absence de croyance. Les deux sont évidemment protégés.

Le premier est absolu. Il relève de la liberté de conscience, du for intérieur et ne peut connaître de limitation de quelque nature qu'elle soit : l'État n'a pas à s'occuper des âmes.

Le second est quant à lui beaucoup plus relatif. D'une part, toutes les manifestations religieuses ne sont pas protégées. Selon la CEDH, ne sont en principe concernés que le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ⁽²⁾. D'autre part, **il est possible**, ainsi que le prévoit l'alinéa 2 de l'article 9 de la Convention, **d'apporter au droit de manifester sa religion des restrictions**, pourvu 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 publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». En bref, la liberté de manifester sa religion peut, à la différence de celle de croire ou de ne pas croire, faire l'objet de limitations, mais, comme c'est classiquement le cas dans le système de la Convention, celles-ci doivent alors reposer sur un motif d'intérêt général – ici, selon le texte, la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé, de la morale ou la protection des droits et libertés d'autrui – et être « *nécessaires* », c'est-à-dire objectivement justifiées et en tout état de cause proportionnées au but recherché.

Quelles restrictions à la libre manifestation des convictions religieuses ?

C'est dans ce cadre général que la CEDH a été conduite à se prononcer, en 2013, sur la question du droit, pour un employeur, de restreindre la liberté de manifestation religieuse des salariés au regard notamment d'un objectif de neutralité de l'entreprise.

(2) CEDH, 13 déc. 2001, Église métropolitaine de Bessarabie et autres c/ Moldova. Voir aussi CEDH, 12 oct. 1978, Arrowsmith c/ Royaume-Uni.



Position initiale : restrictions admises sans justification

À vrai dire, la problématique n'avait pas été complètement absente de sa jurisprudence avant cela, mais elle avait pendant longtemps adopté une attitude très libérale. En ce qui concernait notamment les restrictions imposées par un employeur à la possibilité pour les salariés de se livrer à des pratiques religieuses ou de manifester leurs croyances dans l'entreprise, elle avait conclu dans plusieurs décisions à l'absence d'atteinte à la liberté religieuse aux motifs que le salarié pouvait toujours démissionner s'il s'estimait atteint dans sa croyance ⁽³⁾. Ainsi, la CEDH ne recherchait même pas si les restrictions à la liberté religieuse étaient justifiées et proportionnées au but recherché. Elle considérait que la question était hors sujet dans le cadre de l'entreprise.

Alignement de la protection de la liberté religieuse sur celle des autres libertés fondamentales

Il est cependant devenu de plus en plus difficile de tenir cette ligne jurisprudentielle. Au fil des années, les problématiques liées au fait religieux dans l'entreprise ont en effet pris, dans le débat public, une place beaucoup plus importante, et la Cour, consciente des enjeux, ne pouvait guère continuer à refuser son contrôle en prétextant qu'il n'y aurait, dans ce type de restrictions, aucune atteinte à la liberté religieuse. Il devenait chaque jour de plus en plus évident que cela n'était pas le cas et que la vraie question était donc de savoir si de telles atteintes étaient justifiées au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour était en outre à cet égard confrontée à un souci de cohérence de sa jurisprudence, dès lors qu'elle avait tenu un raisonnement tout à fait différent dans le cas d'autres libertés protégées par la Convention : son **article 8**, par exemple, **protégeant la vie privée** ou son **article 10**, **garantissant la liberté d'expression** ⁽⁴⁾. Dans ces hypothèses, elle avait en effet estimé que les restrictions imposées aux salariés constituaient bien des atteintes aux libertés fondamentales invoquées, et elle s'était donc assurée que les restrictions éventuel-

lement imposées par les employeurs – et donc autorisées par les États – étaient justifiées par les nécessités de l'entreprise et proportionnées au but recherché. Il n'y avait aucune raison de ne pas faire de même avec la liberté religieuse. Toutes les conditions étaient donc réunies pour une évolution de la jurisprudence.

Le tournant de 2013

Droit, ou non, de manifester ses convictions religieuses au travail

Ce fut chose faite avec l'arrêt *Eweida et autres c/ Royaume Uni* du 15 décembre 2013 ⁽⁵⁾, par lequel la Cour a pu se prononcer sur quatre requêtes mettant toutes en cause le droit de manifester sa religion dans l'entreprise.

Deux d'entre elles la saisissaient de la problématique classique du **port d'insignes religieux**, mais pour une fois il ne s'agissait pas d'un foulard, mais d'une croix dont le port avait été interdit, d'une part, à une hôtesse de l'air en raison d'un règlement intérieur prohibant les signes religieux et, d'autre part, à une infirmière au motif, cette fois, d'un impératif sanitaire : la croix pouvait être une source de lésions pour les patients.

Les deux autres demandes contestaient les sanctions prises par deux employeurs, dont l'un était une autorité publique, à l'égard de deux travailleurs qui avaient, tous les deux, **refusé d'accomplir des tâches relevant de leurs fonctions**, parce qu'elles les obligeaient à cautionner l'union de couples homosexuels, ce qui était contraire à la doctrine prônée par leur religion ⁽⁶⁾.

Validation des sanctions motivées par l'égalité et l'obligation de neutralité

S'agissant des deux requêtes relatives au refus d'accomplir des tâches contraires à une doctrine religieuse, la CEDH a validé les sanctions en mettant

(3) Par exemple : CEDH, 3 déc. 1996, *Kontinnen c/ Finlande*, Décisions et rapports 87-A, p. 68 ; CEDH, 9 avr. 1997, *Stedman c/ Royaume-Uni*.

(4) Par exemple : CEDH, 1999-VI, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, n° 33985/96 et n° 33986/96, § 71 ; CEDH, 26 sept. 1995, *Vogt c/ Allemagne*, § 44, série A, n° 323 ; CEDH, 13 août 1981, *Young, James & Webster c/ Royaume-Uni*, §§ 54-55, série A, n° 44.

(5) CEDH, 15 déc. 2013, n° 48420/10, 5942/10, 51671/10 et 36516/10.

(6) Dans le premier cas, il s'agissait d'un officier d'état civil appelé à célébrer des cérémonies de partenariat civil entre couples homosexuels, conformément à la législation de son pays. Dans le second, il s'agissait d'un salarié d'un organisme de conseil conjugal dont les convictions religieuses entraient en conflit avec son travail auprès des couples homosexuels. Dans les deux situations, il s'agissait d'un refus d'exécuter une tâche relevant de leurs fonctions. L'unique différence tenait au statut des intéressés : le premier était agent de droit public, travaillant pour un organisme de droit public, le second un salarié de droit privé.



en balance la **liberté religieuse des salariés** et le **principe de non-discrimination**.

Confrontant les deux libertés, toutes les deux protégées par la Convention européenne des droits de l'Homme, elle a relevé que les différences de traitement fondées sur les orientations sexuelles ne doivent être tolérées qu'à titre exceptionnel, de sorte qu'il était possible d'imposer aux salariés l'exercice de leurs fonctions à l'égard des couples homosexuels, quels que fussent les principes résultant par ailleurs de leur religion. Si la solution était attendue, tant le comportement des salariés était choquant, le motif ne manque pas de surprendre. Car en justifiant la possibilité de sanctionner les salariés sur le fondement du principe de non-discrimination, la CEDH laisse ouverte la possibilité d'une autre solution dans l'hypothèse où un refus d'exécuter certaines tâches, fondé sur un motif religieux, n'aurait pas pour conséquence de porter atteinte au principe d'égalité ou, le cas échéant, à une autre liberté fondamentale. À la lecture de la décision, on ne peut s'empêcher de ressentir une certaine gêne tant on a le sentiment que ce qui a été déterminant dans ces affaires, c'est moins le fait que les salariés aient refusé d'exécuter le contrat de travail, ce qui, quel que soit le motif, constitue une faute contractuelle susceptible d'être sanctionnée, que la circonstance que ce refus mettait en cause des couples homosexuels. Or, les deux fondements n'étaient pas exclusifs l'un de l'autre.

S'agissant des deux requêtes relatives au **port d'insigne religieux**, la réponse n'est pas d'une clarté limpide. Si la Cour n'exclut pas un principe de neutralité dans l'entreprise, elle y pose toutefois des **conditions drastiques**.

Sur la requête de l'hôtesse de l'air, elle a conclu à une violation de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Sans dénier aux employeurs le droit d'imposer aux salariés une neutralité dans l'expression de leur appartenance religieuse, elle pose comme principe qu'il appartient aux États d'organiser ce droit dans le cadre d'un « *juste équilibre entre, d'une part, le désir de manifester sa foi et de pouvoir la communiquer à autrui et, d'autre part, le souhait de [l']employeur de véhiculer une certaine image de marque* ». Or, en l'occurrence, quelle que soit la légitimité du souhait de l'employeur, cet équilibre n'aurait pas été respecté : la Cour a estimé que le juge anglais, qui avait validé le licenciement de l'hôtesse de l'air, avait attribué trop d'importance au **souhait de l'entreprise de contrôler son image, cette volonté ne pouvant à elle seule**, en dehors

de toute autre considération, **justifier l'interdiction complète du port de signes religieux**, surtout lorsque, à l'instar de celui en cause dans l'affaire considérée, ils sont discrets. En outre, la Cour a relevé que l'employeur avait parfois accepté que certains arborent le turban ou le l'hijab et qu'il avait fini par modifier son règlement pour autoriser le port de signes religieux. Elle en a déduit que la neutralité n'était pas nécessaire à son image de marque, de sorte que l'atteinte portée à la liberté de manifester sa religion était excessive et donc injustifiée.

C'est à une solution diamétralement opposée qu'elle est parvenue sur la seconde requête, relative à l'infirmière. En ce qui concerne cette dernière, c'est le **motif sanitaire** qui a **justifié l'interdiction**. À cet égard, le raisonnement de la Cour a reposé sur deux fondements : d'une part, le motif sanitaire est un motif légitime, relevant d'un objectif autrement plus important que la simple image de marque de l'entreprise invoquée dans la précédente affaire, puisqu'il y va de la santé et de la sécurité des patients. D'autre part, elle estime que la question de savoir si le port d'un signe religieux est ou non un impératif sanitaire appartient aux responsables des hôpitaux davantage qu'aux tribunaux, de sorte que, en l'absence de preuve directe de l'inutilité d'une telle interdiction, il fallait considérer qu'elle était justifiée et proportionnée au but recherché.

Portée : neutralité très encadrée

Quels enseignements peut-on tirer de la réponse ainsi apportée par la Cour aux quatre requêtes dont elle était saisie ?

Un enseignement immédiat, d'abord : il est certain que la CEDH ne s'oppose pas, par principe, à la possibilité d'imposer une neutralité dans l'entreprise. Cependant, cette possibilité est très strictement encadrée : elle est conditionnée par un **nécessaire équilibre**, dont la Cour affirme qu'il doit être « *juste* » – formule on ne peut plus floue – **entre l'intérêt de l'entreprise**, d'une part, **et la liberté fondamentale de manifester sa religion**, d'autre part. Concrètement – l'affaire de l'hôtesse de l'air le démontre clairement – la restriction à la liberté religieuse n'est possible que si, et seulement si, la neutralité est une nécessité au regard de l'activité de l'entreprise. La seule volonté de l'employeur de promouvoir une image de marque n'est donc pas un motif suffisant. Il faut que s'y ajoute un élément supplémentaire, objectif, tenant à l'activité elle-même – c'est ce que démontre cette fois l'affaire



relative à l'infirmière. On retrouve là, en substance, ce qu'a retenu l'Assemblée plénière en France, avec l'arrêt *Baby Loup* ⁽⁷⁾ qui, on s'en souvient, avait justifié l'interdiction du port du voile au regard de l'activité de la crèche, qui impliquait notamment un contact permanent de la salariée avec les enfants. De ce point de vue-là, on ne peut pas dire que la CEDH ait adopté une position originale.

Pourtant – et paradoxalement – il se dégage de l'arrêt *Eweida et autres c/ Royaume Uni* une sensation d'**ambiguïté**. La neutralité est possible, certes et elle est encadrée, ce qui est normal, puisqu'une liberté publique est en cause. Cependant, lorsque la Cour évoque un « *juste équilibre* » entre l'intérêt de l'entreprise et la liberté religieuse, il ne faut pas se méprendre : contrairement à ce qu'elle semble dire à première vue, elle ne met pas du tout les deux au même plan. Pour une raison simple : la liberté religieuse est protégée par la Convention, ce qui n'est pas le cas de la notion, pour le moins subjective, d'intérêt de l'entreprise.

Il faut en effet garder à l'esprit que la Convention européenne des droits de l'Homme est absolument muette sur les libertés économiques. La liberté d'entreprendre, notamment, ne fait pas partie du socle des libertés protégées. Certes, on ne peut pas affirmer que la CEDH l'ignore totalement. La Cour a parfois protégé les libertés économiques en les rattachant à d'autres libertés expressément consacrées par la Convention.

Exemple

La liberté d'expression a pu venir au soutien de la liberté d'entreprendre lorsque ce sont des informations commerciales qui sont en cause ou bien encore lorsque la diffusion d'informations ou de programmes se fait sous la forme d'une activité commerciale ⁽⁸⁾.

Mais c'est une protection non systématique, et en tout état de cause indirecte et donc « *molle* ». **L'intérêt de l'entreprise**, que l'on rattache classiquement à la liberté d'entreprendre, **ne joue pas à armes égales avec la liberté religieuse dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme**. Cette dernière, expressément protégée, et faisant partie du noyau dur des libertés publiques,

a nécessairement, au regard de son statut, une longueur d'avance par rapport à l'intérêt de l'entreprise, qui, dans la jurisprudence de la Cour européenne, n'a pas de place particulière. Elle a donc évidemment beaucoup plus de chances de l'emporter, sauf éventuellement si une autre liberté protégée par la Convention est également en cause. C'est ce qui explique la solution retenue par la Cour sur la requête de l'infirmière : si le licenciement a été validé, c'est parce que la santé était en jeu et donc, implicitement, le **droit à la vie**, protégé au titre de l'article 2 de la Convention.

Remarque

Ce dernier englobe en effet un droit à la santé dont la CEDH a déduit l'obligation de mettre en œuvre un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection des malades ⁽⁹⁾.

Or, c'est typiquement cet objectif que poursuivait en l'occurrence l'employeur en interdisant le port de signes religieux. C'est ce qui explique également le recours au principe de non-discrimination dans les deux affaires des salariés qui avaient refusé d'exécuter de leur contrat de travail en raison de leur religion : si la Cour a validé les sanctions au regard du principe de non-discrimination, c'est parce qu'à défaut de celui-ci le seul fait qu'une faute contractuelle ait été commise était certainement insuffisant. On saisit aussitôt le risque qu'induit l'arrêt *Eweida* : si la même attitude n'avait pas mis en cause une autre liberté, la Cour aurait éventuellement pu juger que les deux salariés avaient valablement refusé d'accomplir certaines tâches résultant de leur contrat de travail, en raison de leur droit à la liberté religieuse.

Ainsi, si la neutralité a bien été admise par la CEDH comme une possibilité, il faut bien comprendre la portée de l'arrêt *Eweida* : c'est une **consécration en trompe l'œil** dont l'avenir risque de nous montrer qu'elle n'a vocation à s'appliquer que dans des situations exceptionnelles où la liberté religieuse vient heurter de plein fouet une autre liberté protégée par la Convention européenne des droits de l'Homme. Rien à voir avec la jurisprudence de la CJUE qui, non seulement consacre un droit à la neutralité dans l'entreprise, mais en a défini très précisément les conditions, de sorte qu'il dispose d'un véritable cadre.

(7) Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, JurisData n° 2014-014021 ; JCP S 2014, 1287, note B. Bossu.

(8) Par exemple : CEDH, 20 nov. 1989, Markt inter Verlag et Autronic AG.

(9) CEDH, 17 janv. 2002, Calvelli et Ciglio n° 32967/96.



COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (CJUE) : UN DROIT RÉSOLUMENT AFFIRMÉ

Cadre général de la directive du 27 novembre 2000

Sur la question de l'interdiction du port des signes religieux dans l'entreprise, le hasard a voulu que la CJUE soit saisie en même temps, par la France et la Belgique, de deux situations différentes, offrant deux facettes possibles de la même problématique. Chaque fois, il était question d'une salariée licenciée pour avoir refusé d'ôter son foulard islamique, alors qu'il lui était demandé, au nom d'un principe de neutralité, de ne pas manifester son appartenance religieuse. Et chaque fois se posait la question de savoir si ce licenciement devait être jugé discriminatoire au regard de la directive 78/2000/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.

Pour mémoire, cette directive a posé, en son article 2, un **principe de prohibition des discriminations directes**, aux termes duquel il est interdit à l'employeur de traiter un salarié, sur la base d'un tel motif (exemple : sa religion), de manière moins favorable qu'un autre placé dans une situation comparable. Toutefois, la même directive prévoit, en son article 4, qu'**une différence de traitement reste possible, même fondée sur une caractéristique liée à un motif discriminatoire** – donc, par exemple, sur un motif religieux – 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* ». Ce dernier article offre ainsi la possibilité de justifier d'une discrimination, dès lors qu'elle est indispensable à l'activité professionnelle du salarié, qu'elle poursuit un but légitime et est proportionnée au but recherché. Il appartenait donc à la CJUE, dans ces deux affaires, de dire si tel était le cas de l'interdiction du port de signes religieux dans l'entreprise.

Problématiques et solutions

La réponse n'a pas été la même dans l'affaire belge et dans l'affaire française, car il existait entre les deux une notable différence. Outre-Quévrain, la situation était proche du cas *Baby Loup*, dès lors que l'inter-

diction du port des signes religieux dans l'entreprise résultait du règlement intérieur. Dans l'hexagone, en revanche, l'interdiction avait été décidée par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction et à la demande expresse de l'un de ses clients. Or, cette différence avait conduit les juridictions belge et française à poser deux questions différentes à la CJUE.

Dans l'affaire belge, il a été demandé à la Cour si l'interdiction du port des signes religieux, édictée de manière générale par le règlement intérieur de l'entreprise, constitue une discrimination directe prohibée par l'article 2 de la directive et ne pouvant donc être justifiée que dans les conditions prévues à l'article 4.

Dans l'affaire française, où le règlement intérieur n'avait fixé aucune règle, le caractère discriminatoire de l'interdiction posée par l'employeur était admis comme postulat, puisqu'il n'existait aucun texte interne pour en justifier. La question était donc alors uniquement de savoir si cette discrimination pouvait se justifier au regard des critères posés par l'article 4 de la directive. Plus précisément, la Cour de cassation, considérant que la demande de l'employeur faite à la salariée d'enlever son foulard était en elle-même discriminatoire, s'était bornée à demander à la CJUE, de manière au demeurant très pratique, si la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services fournis par celui-ci assurés par une salariée portant un voile islamique pouvait se rattacher à une obligation essentielle et déterminante du contrat de travail au sens de l'article 4 de la même directive – auquel cas il devenait effectivement possible de justifier la demande faite par l'employeur.

Interdiction faites aux femmes de porter un foulard islamique pour tenir compte des souhaits d'un client = discrimination directe prohibée

Sur la question française, la réponse a été nette : la demande de l'employeur ne peut pas se rattacher à une obligation essentielle et déterminante du contrat de travail, dès lors, selon la Cour, qu'une telle obligation, au sens de la directive, renvoie « *à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause* » qui ne saurait « *couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client* »⁽¹⁰⁾. En d'autres termes, le seul souhait d'un client ne suffit pas et l'employeur

(10) CJUE, 14 mars 2017, aff. C-188/75, Bouganoui, JCP S 2017, 1287, note B. Bossu, cons. 37 à 40.



ne dispose donc pas en cette matière d'un pouvoir de direction. Il n'y a pas de place pour les choix subjectifs et discrétionnaires. C'est l'objectivité qui doit régner.

Dans quels cas peut-on alors restreindre la liberté de manifester sa religion sans tomber sous le coup de la discrimination ? C'est au travers de l'affaire belge que la CJUE va répondre à la question, en dégagant trois grands principes ⁽¹¹⁾ qui définissent très précisément le cadre juridique applicable à de telles restrictions.

Interdiction générale = pas de discrimination directe

Premier principe et non des moindres : la CJUE a jugé qu'une interdiction générale, applicable à tous les salariés, du port de signes visibles de convictions politiques, philosophiques ou religieuses ne constitue pas une discrimination directe, dès lors qu'elle vise indifféremment toute manifestation de telles convictions. Selon la Cour, une telle règle traite de manière identique tous les travailleurs de l'entreprise en leur imposant, de manière générale et indifférenciée, une neutralité qui n'est pas limitée à une seule religion ou une seule conviction en particulier. Elle n'est donc pas en elle-même discriminatoire et il est possible de prévoir, dans un règlement intérieur, un principe général de neutralité, pourvu que celui-ci s'applique à tous indistinctement. La Cour affirme ainsi un **droit à la neutralité dans l'entreprise**, qu'elle subordonne à la seule condition que cette **interdiction soit normative et générale**. À cet égard, la CJUE se montre assez libérale, puisqu'elle n'impose même pas que l'interdiction soit inscrite dans un texte en particulier et notamment dans le règlement intérieur – et pour cause, certains États membres ne connaissent pas ce document, central dans le droit du travail français. Il suffit, quel qu'en soit le support, que l'employeur édicte une **norme générale, applicable à tous les salariés** et remplissant les conditions précédemment évoquées pour que le régime des discriminations directes soit écarté. C'est précisément ce qui n'existait pas dans l'affaire française où, d'une part, l'interdiction était la conséquence de l'exercice par l'employeur de son pouvoir de direction et où, d'autre part, cette interdiction n'avait vocation à s'appliquer qu'à une catégorie particulière de salariées : les femmes portant un foulard islamique. Dès que la subjectivité

et l'individualité sont écartées, la neutralité devient possible. C'est le principal apport de l'arrêt.

Discrimination indirecte « justifiée » ?

La Cour a ensuite jugé qu'à défaut d'être directement discriminatoire l'interdiction ainsi posée par un règlement intérieur peut cependant l'être *indirectement* si elle a pour conséquence de désavantager un groupe donné de salariés, adhérant à une conviction religieuse déterminée. De fait, si, bien que générale, l'interdiction édictée ne concerne en pratique qu'une catégorie particulière de salariés – par exemple, puisque c'était de cela qu'il s'agissait dans l'affaire considérée, les musulmans – il se peut que bien qu'étant fondée sur un critère *a priori* non discriminatoire, celle-ci le devienne indirectement. Or, les discriminations indirectes sont prohibées en droit communautaire que pour autant qu'elles ne sont pas fondées sur un motif légitime et qu'elles n'apparaissent pas nécessaires et proportionnées au regard de ce motif. On retrouve là le raisonnement classique destiné à mettre en balance les différents intérêts en présence, dont on a vu qu'il est également celui de la CEDH. Cependant, sur ce point, la différence entre les deux cours est patente : **là où la CEDH considère que la volonté de l'employeur de promouvoir une certaine image de marque n'est jamais suffisante à justifier une restriction à la liberté religieuse, la CJUE estime, elle, qu'elle peut dans certains cas constituer un motif légitime**. Or, précisément, l'affaire belge présentait la spécificité que l'interdiction ne concernait que les seuls salariés en contact avec la clientèle. La CJUE va considérer que la volonté d'afficher une politique de neutralité est dans cette hypothèse légitime et qu'elle est alors tout à la fois nécessaire et proportionnée au but recherché.

On mesure ici la différence de philosophie des deux cours : **là où la CEDH n'a qu'un très faible intérêt pour l'entreprise, la CJUE**, qui intervient dans un système – l'Union Européenne – qui s'est entièrement construit autour des libertés économiques, **la met au centre de son raisonnement** : le contact avec la clientèle, indispensable au fonctionnement d'une entreprise, est un motif légitime en droit communautaire.

Il faut cependant bien comprendre quelle est la portée de cette référence faite par la Cour au « *contact avec la clientèle* ». Contrairement à ce qu'il a parfois été écrit ⁽¹²⁾ et en opposition d'ailleurs avec ce

(11) CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15, Achbita, JCP S 2017, 1105, note B. Bossu.

(12) Voir par exemple O. Dutheillet de Lamothe, « *Le règlement intérieur peut-il interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ?* », JCP S 2017, 1263.



qu'en a retenu en France la Cour de cassation ⁽¹³⁾, il ne s'agit dans l'esprit de la CJUE ni d'une condition de validité de l'interdiction du port des signes religieux dans l'entreprise, ni de l'unique hypothèse où cette interdiction serait considérée comme légitime et donc comme insusceptible de caractériser une discrimination indirecte. Bien au contraire, on a vu que la CJUE avait affirmé qu'une telle interdiction n'est pas par elle-même discriminatoire dès lors qu'elle est générale et s'applique à tous les salariés de l'entreprise. Le contact avec la clientèle n'est qu'un critère de légitimation du règlement intérieur dans l'hypothèse – mais dans celle-ci seulement – où l'interdiction posée par celui-ci viendrait désavantager un groupe de salariés au détriment d'un autre. Et il ne s'agit que d'un critère parmi d'autres, comme l'indique l'utilisation par la Cour de l'adverbe « *notamment* » ⁽¹⁴⁾. Ainsi peut-on en déduire que, même dans l'hypothèse où le règlement intérieur viendrait à désavantager une catégorie particulière de travailleurs, le principe de neutralité continuerait de pouvoir être appliqué s'il existe à l'interdiction édictée une raison objective, extérieure à toute notion de discrimination. Clairement, la CJUE cherche ainsi à faciliter l'application du principe de neutralité dans l'entreprise. Là encore, la différence avec la Cour européenne des droits de l'Homme est patente.

Chercher l'accommodement raisonnable pour éviter la rupture

Le troisième et dernier apport de l'arrêt de la CJUE du 14 mars 2017 est d'énoncer que s'il est possible, en cas de non-respect de l'interdiction posée par le règlement intérieur, de licencier le salarié, il convient cependant, « *en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire* » de **vérifier s'il n'existe pas un autre poste disponible, où le port de signes religieux serait possible**. La CJUE invente ainsi une forme d'obligation de reclassement qui a été perçue par certains auteurs comme particulièrement restrictive ⁽¹⁵⁾ et sur laquelle la Cour de cassation s'est, en France, jetée à pieds joints pour en faire un élément central de la justification des restrictions

aux manifestations religieuses dans l'entreprise ⁽¹⁶⁾ et effectivement limiter, en pratique, l'application du principe de neutralité dans les entreprises.

Il ne faut cependant pas exagérer l'importance de cette restriction. Car si elle est effectivement affirmée par la CJUE, elle ne l'est qu'accessoirement, en toute fin de motivation, et à raison des circonstances particulières de l'espèce : le fait qu'en l'occurrence l'interdiction concernait des salariés en contact avec la clientèle. Il ne s'agit certainement pas dans l'esprit de la CJUE, comme l'a fait la Cour de cassation en France, d'une condition d'application du principe de neutralité. Ce serait faire un mauvais procès à la CJUE que d'affirmer qu'elle chercherait ainsi à limiter l'application du principe de neutralité quand tout le reste de son arrêt le dément. Il serait erroné de croire qu'elle partagerait la conviction de la Cour de cassation qu'une obligation de reclassement rendrait en pratique plus difficile l'application de la neutralité. Ce genre d'intention est extérieur à l'arrêt du 14 mars 2017. Pour une raison simple : ce n'est pas une véritable obligation de reclassement, telle que nous la connaissons par exemple en France que la CJUE a ainsi consacrée, mais plutôt une illustration de la théorie dite des « *accommodements raisonnables* », notion éminemment souple, que nous connaissons assez mal en France, et dont l'objet est uniquement de chercher de façon pragmatique la meilleure solution pour chacun. Il s'agit en substance d'un objectif suivant lequel il convient de procéder à tous les changements et ajustements qui semblent possibles pour « *s'accommoder* » d'une situation qui pose en pratique une difficulté, mais sans que cela ait pour conséquence d'imposer une charge disproportionnée ou induite. Cela n'a donc rien à voir avec l'obligation de moyens renforcée que constitue traditionnellement en France l'obligation de reclassement. Il ne faut certes pas idéaliser la notion d'accommodements raisonnables dont l'utilisation a semble-t-il été parfois, dans certains pays, contre-productive, dès lors qu'à force de s'accommoder les législations de certains pays – on pense par exemple au Canada – ont fini par pratiquement tout accepter. Mais il ne faut pas davantage la diaboliser ou la dénaturer en y voyant des obligations qui, dans l'esprit du droit communautaire, n'ont aucun sens. L'obligation de reclassement est une notion française. Et ce n'est pas une notion française que la Cour de justice de l'Union européenne a voulu appliquer. ♦

(13) Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855. Sur la réinvention de l'arrêt de la CJUE par la Cour de cassation, voir F. Pinatel, « *Le port du voile islamique confronté au principe de neutralité* », JCP S 2017, 1400.

(14) CJUE, 14 mars 2017, aff. C-157/15, préc., considérant n° 38.

(15) O. Dutheillet de Lamothe, précité.

(16) Cass. soc., 22 nov. 2017, précité.