

Pourvoi n° E13-28.369

assemblée plénière 16 juin 2014

Décision attaquée : 27/11/2013 de la cour d'appel de Paris

Madame Fatima X...

C/

Association Baby-Loup

Laurent Truchot, rapporteur

RAPPORT

Sommaire

I - Rappel des faits et de la procédure	4
II - Analyse succincte des moyens	8
III - Principaux points de droit faisant difficulté à juger	14
IV - Analyse des principaux points de droit invoqués	15
A - Le voile islamique	15
1) Sens du voile islamique et perception	15
2) Eléments de droit comparé	19
B - Le droit pour l'employée, directrice adjointe et éducatrice, d'une crèche privée revendiquant une obligation de neutralité confessionnelle, de porter un voile islamique	23
1) Principes de raisonnement des juges du fond	23
a - Le jugement du conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie	23
b - L'arrêt de la cour d'appel de Versailles	23
c - L'arrêt de la cour d'appel de Paris	24
d - Les termes de la divergence entre la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation	25
2) La liberté religieuse en droit européen	25
a - Droit de la Convention	25
- Dispositions applicables	
- Méthodes et interprétation	

<i>b - Droit de l'Union européenne</i>	28
3) L'entreprise de conviction	29
<i>a - L'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78 instituant une clause de standstill (ou de gel)</i>	31
<i>b - Les conditions de la reconnaissance des entreprises de tendance, en l'absence de législation nationale conforme à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78</i>	38
- Les entreprises de tendance en droit interne	
- Les entreprises de tendance dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	
- L'existence d'une condition d'adoption d'une loi, au sens organique du terme, pour la création d'un type d'entreprise de conviction fondée sur la neutralité confessionnelle (septième branche du premier moyen)	
<i>c - Nature des convictions dont peut se réclamer une entreprise à vocation de neutralité confessionnelle (six premières branches du premier moyen)</i>	48
- Les opinions favorables à la reconnaissance d'une conviction " laïque " ou de neutralité confessionnelle	
- Les opinions opposées à la reconnaissance d'une conviction " laïque " ou de neutralité confessionnelle	
- Sens et portée de l'article 14 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (troisième branche du premier moyen)	
<i>d - Justifications des différences de traitement et des restrictions et mise en balance des droits en cause (première branche du deuxième moyen)</i>	63
<i>e - La détermination du caractère disciplinaire ou pour "trouble objectif" du licenciement de l'employé d'une entreprise de conviction (deuxième et troisième branches du deuxième moyen)</i>	71
4) Les justifications des restrictions à l'exercice de la liberté religieuse ou des différences de traitement des salariés en raison de leurs convictions religieuses	76
<i>a - Caractéristiques de la clause litigieuse (troisième moyen, pris en ses trois branches)</i>	77
- Le principe de non-licéité des clauses générales et imprécises	
- Appréciations sur le degré de précision de la clause litigieuse	
<i>b - Le contrôle de proportionnalité de la restriction litigieuse (neuvième branche du premier moyen et première branche du deuxième moyen)</i>	82
- Le contrôle de proportionnalité des restrictions dans les entreprises " ordinaires "	
- Le contrôle de proportionnalité des restrictions dans les entreprises de tendance	
C - Les règles applicables en matière de licenciement	90
1) La nullité du licenciement fondé sur le refus de Mme Afif d'ôter son voile, exclusive de tout autre motif de licenciement (quatrième moyen)	90
<i>a - Sur l'existence d'un motif dit " contaminant " (première branche du quatrième moyen)</i>	91

b - Sur le caractère non fautif du refus de Mme Y... de se soumettre à la mise à pied conservatoire et des autres griefs à elle reprochés, en l'absence de faute grave constituée par le refus d'ôter son voile (deuxième et troisième branches du quatrième moyen) 96

c - Sur le défaut d'examen préalable du grief pris du caractère licite du refus d'ôter le voile (quatrième branche du quatrième moyen) 99

2°) La nullité du licenciement fondé sur le comportement adopté par Mme Y... après son refus d'ôter son voile (cinquième moyen) 100

a - Sur le défaut de caractérisation d'une faute grave par le seul maintien sur les lieux en dépit d'un ordre, même licite, d'ôter un signe religieux (première branche du cinquième moyen) 101

b - Sur l'absence de mention de faits d'agressivité reprochés à Mme Y... dans la lettre de licenciement du 19 décembre 2008 (seconde branche du cinquième moyen) 101

I - Rappel des faits et de la procédure

Suivant contrat à durée indéterminée du 1^{er} janvier 1997, lequel faisait suite à un emploi solidarité du 6 décembre 1991 au 6 juin 1992 et à un contrat de qualification du 1^{er} décembre 1993 au 30 novembre 1995, Mme X... épouse Y... a été engagée en qualité d'éducatrice de jeunes enfants exerçant les fonctions de directrice adjointe de la crèche et halte-garderie gérée par l'association Baby-Loup.

En mai 2003, elle a bénéficié d'un congé maternité suivi d'un congé parental jusqu'au 8 décembre 2008.

Elle a été convoquée par lettre du 9 décembre 2008 à un entretien préalable en vue de son éventuel licenciement, avec mise à pied à titre conservatoire, et licenciée le 19 décembre 2008 pour faute grave, pour avoir refusé d'ôter le voile islamique qu'elle portait pendant les heures de travail et en raison du comportement inapproprié qu'elle aurait eu après la mise à pied décidée à son égard.

S'estimant victime d'une discrimination au regard de ses convictions religieuses, Mme Y... a saisi le conseil de prud'hommes de Poissy le 9 février 2009, à titre principal, en nullité de son licenciement et en condamnation de son employeur à lui payer diverses sommes.

Par jugement du 13 décembre 2010, le conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie, désigné temporairement par le premier président de la cour d'appel de Versailles pour connaître des affaires inscrites au rôle du conseil de prud'hommes de Poissy, a rejeté l'ensemble des demandes de Mme Y... ainsi que la demande reconventionnelle formée par l'association Baby-Loup.

Par arrêt du 27 octobre 2011, la cour d'appel de Versailles a confirmé le jugement en toutes ses dispositions.

Le 27 décembre 2011, Mme Y... a formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt.

Par arrêt du 19 mars 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Versailles dans les termes suivants:

“Sur le troisième moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, ensemble l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que le principe de laïcité instauré par l'article 1er de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public ; qu'il ne peut dès lors être invoqué pour les priver de la protection que leur assurent les dispositions du code du travail ; qu'il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté

religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, suivant contrat à durée indéterminée du 1er janvier 1997, lequel faisait suite à un emploi solidarité du 6 décembre 1991 au 6 juin 1992 et à un contrat de qualification du 1er décembre 1993 au 30 novembre 1995, Mme X... épouse Y... a été engagée en qualité d'éducatrice de jeunes enfants exerçant les fonctions de directrice adjointe de la crèche et halte-garderie gérée par l'association Baby-Loup ; qu'ayant bénéficié en mai 2003 d'un congé maternité suivi d'un congé parental jusqu'au 8 décembre 2008, elle a été convoquée par lettre du 9 décembre 2008 à un entretien préalable en vue de son éventuel licenciement, avec mise à pied à titre conservatoire, et licenciée le 19 décembre 2008 pour faute grave aux motifs notamment qu'elle avait contrevenu aux dispositions du règlement intérieur de l'association en portant un voile islamique ; que, s'estimant victime d'une discrimination au regard de ses convictions religieuses, Mme X... épouse Y... a saisi la juridiction prud'homale le 9 février 2009, à titre principal, en nullité de son licenciement ;

Attendu que, pour dire le licenciement fondé et rejeter la demande de nullité du licenciement, l'arrêt retient que les statuts de l'association précisent que celle-ci a pour but de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'oeuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier, qu'elle s'efforce de répondre à l'ensemble des besoins collectifs émanant des familles, avec comme objectif la revalorisation de la vie locale, sur le plan professionnel, social et culturel sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle, que conformément à ces dispositions la crèche doit assurer une neutralité du personnel dès lors qu'elle a pour vocation d'accueillir tous les enfants du quartier quelle que soit leur appartenance culturelle ou religieuse, que ces enfants, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse, que tel est le sens des dispositions du règlement intérieur entré en vigueur le 15 juillet 2003, lequel, au titre des règles générales et permanentes relatives à la discipline au sein de l'association, prévoit 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, que les restrictions ainsi prévues apparaissent dès lors justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail, qu'il résulte des pièces fournies, notamment de l'attestation d'une éducatrice de jeunes enfants, que la salariée, au titre de ses fonctions, était en contact avec les enfants ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le règlement intérieur de l'association Baby-Loup prévoit 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", ce dont il se déduisait que la clause du règlement intérieur, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail et que le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, était nul, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs visés à la lettre de licenciement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 octobre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

N° 11-28.845 Mme X..., épouse Y...

Contre association Baby-Loup

Président : M. Bailly (conseiller doyen faisant fonction de président) - Rapporteur : M. Huglo - Avocat général : M. Aldigé - Avocat(s) : SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Waquet, Farge et Hazan

Publication : Bull. 2013, V, n° 75 “.

Par arrêt du 27 novembre 2013, rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement du 13 décembre 2010 dans les termes suivants:

“Considérant qu'une personne morale de droit privé, qui assure une mission d'intérêt général, peut dans certaines circonstances constituer une entreprise de conviction au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et se doter de statuts et d'un règlement intérieur prévoyant une obligation de neutralité du personnel dans l'exercice de ses tâches ; qu'une telle obligation emporte notamment interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion ;

Considérant qu'aux termes de ses statuts, l'association Baby Loup a pour objectif « de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'oeuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes » ... « sans distinction d'opinion politique et confessionnelle » ;

Considérant que de telles missions sont d'intérêt général, au point d'être fréquemment assurées par des services publics et d'être en l'occurrence financées, sans que cela soit discuté, par des subventions versées notamment par l'État, la région Ile-de-France, le département des Yvelines, la commune de Chanteloup-les-Vignes et la Caisse d'allocations familiales ;

Considérant qu'au regard tant de la nécessité, imposée par l'article 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, de protéger la liberté de pensée, de conscience et de religion à construire pour chaque enfant, que de celle de respecter la pluralité des options religieuses des femmes au profit desquelles est mise en oeuvre une insertion sociale et professionnelle aux métiers de la petite enfance, dans un environnement multiconfessionnel, ces missions peuvent être accomplies par une entreprise soucieuse d'imposer à son personnel un principe de neutralité pour transcender le multiculturalisme des personnes auxquelles elle s'adresse ;

Considérant qu'en ce sens, l'association Baby Loup peut être qualifiée d'entreprise de conviction en mesure d'exiger la neutralité de ses employés ; que sa volonté de l'obtenir résulte suffisamment en l'occurrence des dispositions tant de ses statuts que de son règlement intérieur, que ce soit celui adopté lors de sa création en 1990, selon lequel le personnel doit dans l'exercice de son travail respecter et garder la neutralité d'opinion politique et confessionnelle en regard du public accueilli, ou celui modifié, entré en vigueur le 15 juillet 2003, aux termes duquel 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, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche ;

Considérant que la formulation de cette obligation de neutralité dans le règlement intérieur, en particulier celle qui résulte de la modification de 2003, est suffisamment précise pour qu'elle soit entendue comme étant d'application limitée aux activités d'éveil et d'accompagnement des enfants à l'intérieur et à l'extérieur des locaux professionnels ; qu'elle n'a donc pas la portée d'une interdiction générale puisqu'elle exclut les activités sans contact avec les enfants, notamment celles destinées à l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier qui se déroulent hors la présence des enfants confiés à la crèche ;

Considérant que les restrictions ainsi prévues sont, pour les raisons ci-dessus exposées, justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L.1121-1 et L.1321-3 du code du travail ; qu'au vu de l'ensemble des considérations développées, elles ne portent pas atteinte aux libertés fondamentales, dont la liberté religieuse, et ne présentent pas un caractère discriminatoire au sens de l'article L.1132-1 du code du travail ; qu'elles répondent aussi dans le cas particulier à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants, même si cette exigence ne résulte pas de la loi ;

Considérant que le comportement de Mme Y..., qui a consisté à se maintenir sur les lieux de travail après notification de la mise à pied conservatoire consécutive au refus d'ôter son voile islamique et à faire preuve d'agressivité envers les membres de la direction et de ses collègues de la crèche dans les conditions et selon les circonstances relatées par la lettre de licenciement, au contenu de laquelle il est expressément fait référence, résulte suffisamment des déclarations concordantes de Mmes Z..., directrice de la crèche, A..., directrice adjointe, B..., éducatrice, C... épouse D..., animatrice, E..., éducatrice, F..., employée de ménage ;

Considérant que les rétractations de Mmes E... et F..., qui sont revenues sur leurs premiers témoignages en faveur de l'association, ont été expliquées ensuite par les intéressées par le fait que Mme Y... avait fait valoir la solidarité entre musulmanes et leur avait dicté de nouveaux témoignages, tandis que les attestations dont se prévaut l'appelante doivent être appréciées à la lumière des précisions de Mme G... épouse H..., ancienne salariée de l'association, qui a reconnu avoir rédigé en faveur de Mme Y... sous sa dictée, ou encore de parents d'enfants inscrits à la crèche qui, ayant témoigné en faveur de l'association ou refusé de le faire au profit de la salariée licenciée, ont déposé des mains courantes pour signaler les insultes, menaces et pressions de la part de celle-ci ;

Considérant que ce comportement, alors que la mise à pied reposait, pour les raisons ci-dessus exposées, sur un ordre licite de l'employeur au regard de l'obligation spécifique de neutralité imposée à la salariée par le règlement intérieur de l'entreprise, caractérise une faute grave nécessitant le départ immédiat de celle-ci ;

Considérant que cette faute grave justifie le licenciement ainsi qu'en a décidé le conseil de prud'hommes dont la décision sera en conséquence confirmée, sauf à relever que Mme Y... ne revendique pas le statut de cadre autrement que pour chiffrer ses demandes consécutives à la rupture du contrat de travail ;

Considérant que l'équité ne commande pas d'appliquer les dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Considérant que l'appelante, qui succombe, doit supporter les dépens.

PAR CES MOTIFS

CONFIRME le jugement du conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie du 13 décembre 2010 ;

REJETTE toutes autres demandes ;

CONDAMNE Mme X... épouse Y... aux dépens de première instance et d'appel, y compris ceux exposés devant la cour d'appel de Versailles”.

Le 24 décembre 2013, Mme Y... a formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt.

Par ordonnance du 8 janvier 2014, le premier président de la Cour de cassation a ordonné le renvoi de l'examen de ce pourvoi devant l'assemblée plénière.

Conformément à l'ordonnance de réduction des délais du 10 janvier 2014, le mémoire ampliatif a été déposé et signifié, le 13 mars 2014, par Mme Y.... Celle-ci demande qu'il plaise à la Cour de cassation casser et annuler l'arrêt attaqué et condamner l'association Baby-Loup à lui payer la somme de 5 000 euros, au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Conformément à la même ordonnance, le mémoire en défense a été déposé et signifié par l'association Baby-Loup le 22 avril 2014. Celle-ci demande qu'il plaise à la Cour de cassation rejeter le pourvoi et ne présente pas de demande au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La procédure devant la Cour de cassation est régulière.

II - Analyse succincte des moyens

Le pourvoi comporte cinq moyens. Les quatre premiers moyens font grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir rejeté les demandes de Mme Y... en nullité de son licenciement et de condamnation de l'association Baby-Loup à lui payer des dommages et intérêts, l'indemnité compensatrice de préavis, les congés payés afférents, un rappel de salaire sur mise à pied, les congés payés afférents et l'indemnité conventionnelle de licenciement. Le cinquième moyen fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté les demandes d'indemnisation de Mme Y... à raison de son licenciement pour faute grave.

Le premier moyen est divisé en neuf branches.

Les sept premières branches sont dirigées contre les motifs de l'arrêt dont la cour d'appel a déduit que l'association Baby-Loup pouvait être qualifiée d'entreprise de conviction.

Selon **la première branche**, fondée sur **la violation des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la " Convention ") et 4 § 2 de la 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 (ci-après la " directive 2000/78 ")**, l'entreprise de tendance ou de conviction suppose une adhésion militante à une éthique philosophique ou religieuse et a pour objet de défendre ou de promouvoir cette éthique, objet que n'a pas une association telle que Baby-Loup qui, assurant une mission d'intérêt général, se fixe pour objectifs dans ses statuts « *de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'oeuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes (...) sans distinction d'opinion politique et confessionnelle* ».

Selon **la deuxième branche**, fondée sur **la violation des mêmes textes**, les convictions ou les tendances d'une entreprise procèdent d'un choix philosophique, idéologique ou religieux et non de la nécessité de respecter des normes juridiques, telles que la protection de la liberté de conscience, de pensée et de religion de l'enfant, déduite de la Convention de New-York, ou des contraintes attachées à la nature des activités de l'entreprise, telles que le respect de la pluralité des options religieuses des femmes au profit desquelles est mise en oeuvre une insertion sociale et professionnelle dans un environnement multiconfessionnel, nécessités qui ne sont pas constitutivement liées à une entreprise de conviction.

Selon **la troisième branche**, fondée sur **la violation de l'article 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant ainsi que des mêmes textes**, l'article 14 ne comporte aucune obligation impliquant qu'une entreprise recevant de jeunes enfants ou dédiée à la petite enfance soit tenue d'imposer à son personnel une obligation de neutralité ou de laïcité.

Selon **la quatrième branche**, fondée sur **la violation des mêmes textes** que ceux invoqués par les première et deuxième branches, la neutralité, en tant que mode d'organisation d'une entreprise destiné à « *transcender le multiculturalisme* » des personnes à qui elle s'adresse, n'exprime et n'impose aux salariés l'adhésion à aucun choix politique, philosophique ou idéologique, qui serait seul apte à justifier la qualification d'entreprise de tendance ou de conviction.

Selon **la cinquième branche**, fondée sur **la violation des mêmes textes du code du travail** que ceux précédemment invoqués, ainsi que **des articles 9 et 14 de la Convention et de l'article 1^{er} de la Constitution**, la laïcité, principe constitutionnel d'organisation de l'Etat, fondateur de la République, qui, à ce titre, s'impose dans la sphère sociale, ne saurait fonder une éthique philosophique dont une entreprise pourrait se prévaloir pour imposer à son personnel, de façon générale et absolue, un principe de neutralité et une interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion.

Selon **la sixième branche**, fondée sur **la violation des mêmes textes du code du travail** que ceux précédemment invoqués, ainsi que **de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de l'article 9 de la Convention, de l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la "Charte") et des articles 1 à 4 de la directive 2000/78**, une entreprise ne peut s'ériger en « *entreprise de conviction* » pour appliquer des principes de neutralité – ou de laïcité – qui ne sont applicables qu'à l'Etat. Selon cette branche, ni le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution, ni le principe de neutralité consacré par le Conseil constitutionnel au nombre des principes fondamentaux du service public, ne sont applicables aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public. Il en résulterait qu'ils ne peuvent être invoqués pour les priver de la protection que leur assurent les dispositions du code du travail. Il résulterait des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 de ce code

que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et être proportionnées au but recherché.

Selon **la septième branche**, fondée sur **la violation des articles 34 de la Constitution, 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 9 § 2 de la Convention, 4 et 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, 1 à 4 de la directive 2000/78, 10 de la Charte**, et soutenant que la cour d'appel a **excédé ses pouvoirs**, des restrictions à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peuvent être créées que par la loi nationale, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette loi nationale devrait elle-même, au sens de cette jurisprudence, respecter l'ordre juridique interne de création des normes. Il en résulterait que la création d'un type d'entreprise de conviction fondée sur le seul principe de neutralité ne peut résulter que de la loi au sens organique du terme.

Les huitième et neuvième branches du premier moyen ne sont pas, quant à elles, spécifiquement dirigées contre les motifs de l'arrêt attaqué relatifs à la qualification d'entreprise de conviction attribuée par la cour d'appel à l'association Baby-Loup.

Selon **la huitième branche**, prise d'un **défaut de base légale** au regard des **articles L. 1133-1 et L. 1132-1 du code du travail, 1 à 4 de la directive 2000/78 et 10 de la Charte**, il est reproché à la cour d'appel, en énonçant que les restrictions prévues au règlement intérieur « *répondent aussi dans le cas particulier à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants* », d'avoir confondu exigence professionnelle essentielle et déterminante et objectif légitime, alors qu'une mesure ou une différence de traitement fondée sur les convictions religieuses peut ne pas être discriminatoire si elle répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

Selon **la neuvième branche**, prise d'un **défaut de base légale** au regard des **articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, ensemble les articles 9 et 14 de la Convention, 1 à 4 de la directive 2000/78 et 10 de la Charte**, il est reproché à la cour d'appel de ne pas avoir constaté ni caractérisé, au vu des éléments particuliers et concrets de l'espèce (tâches dévolues à Mme Y... personnellement dans son emploi, âge des enfants, absence de comportement ostentatoire ou prosélyte de Mme Y...) l'incompatibilité du port de son voile islamique avec l'engagement et l'emploi de Mme Y....

Le deuxième moyen est divisé en quatre branches.

Les trois premières branches reposent sur la prémisse selon laquelle l'association Baby-Loup serait une entreprise de conviction. La quatrième conteste qu'elle puisse bénéficier des droits attachés à une telle qualification.

Selon **la première branche**, fondée sur la violation des **articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, ensemble les articles 4 § 2 de la directive 2000/78, 9 et 14 de la Convention et 10 de la Charte**, à supposer que l'association Baby-Loup soit une entreprise de conviction, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et définie par la directive 2000/78, elle est soumise, comme tout employeur de droit privé, en l'absence de dispositions particulières de droit interne, aux dispositions des articles L. 1121-1, L. 1132-1 et L. 1321-3 du code du travail, dont il résulte que les restrictions aux libertés fondamentales des salariés, dont la liberté religieuse, doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et être proportionnées au but recherché.

Selon **la deuxième branche**, fondée sur **la violation des textes cités dans la première branche, ainsi que sur les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail**, la qualification d'entreprise de conviction, si elle autorise exceptionnellement le licenciement d'un salarié à raison d'une conviction ou de la manifestation d'une conviction contraire ou devenue contraire à celle de son employeur, c'est-à-dire pour un motif a priori discriminatoire ou interdit, n'autorise pas que le comportement ainsi allégué comme motif de rupture puisse être imputé à faute au salarié.

Selon **la troisième branche**, fondée sur **la violation des mêmes textes que ceux cités dans la deuxième branche**, l'inscription éventuelle, dans le règlement intérieur d'une entreprise de conviction, de la nécessité pour les salariés de s'y conformer, ne peut avoir pour effet de constituer en faute le salarié dont la conviction viendrait à changer.

Selon **la quatrième branche**, fondée sur la violation des **articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, ensemble les articles 4 § 2 de la directive 2000/78, 9 et 14 de la Convention et 10 de la Charte**, l'article 4 § 2 de la directive 2000/78 instaure une clause de standstill qui exige que les dispositions spécifiques aux entreprises de tendance, autorisant une différence de traitement fondée sur la religion ou sur les convictions d'une personne, résultent de la « *législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive* » ou d'une « *législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive* ». Selon ce grief, la clause interdit pour l'avenir l'adoption de normes réduisant le niveau de protection des droits reconnus aux salariés par l'ordonnancement juridique de l'Etat membre.

Le troisième moyen, dirigé contre les motifs de l'arrêt par lesquels la cour d'appel constate que l'obligation de neutralité formulée par le règlement intérieur est précise et d'application limitée, exclusive d'une interdiction générale, est divisé en trois branches.

Selon **la première branche**, fondée sur la violation des **articles L. 1121-1, L. 1321-3 et L. 1132-1 du code du travail, 4 § 2 de la directive 2000/78, 9 et 14 de la Convention**, le règlement intérieur, fût-ce dans une entreprise de conviction, ne peut contenir de dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ne répondraient pas à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et ne seraient pas proportionnées au but recherché. Selon ce grief, l'article II, A) du règlement intérieur de l'association Baby-Loup, de 2003, en ce qu'il soumet l'ensemble du personnel à un principe de laïcité et de neutralité applicable à l'ensemble de ses activités, sans préciser les obligations qu'il impliquerait, en fonction des tâches à accomplir, présenterait un caractère général et imprécis, de sorte qu'il serait illicite et porterait une atteinte disproportionnée aux libertés des salariés.

Selon **la deuxième branche**, fondée sur **la violation des mêmes textes** que ceux visés par la première branche, la clause du règlement intérieur de 1990 selon laquelle « *le personnel doit respecter et garder la neutralité d'opinion politique et confessionnelle au regard du public accueilli tel que mentionné dans les statuts* » serait entachée du même vice de généralité et contraire à ces mêmes textes.

La **troisième branche** invoque un grief de **dénaturation et de violation de l'article 1134 du code civil**, par la cour d'appel, des termes et de la portée de l'article II, A) du règlement intérieur de l'association Baby-Loup de 2003.

Le quatrième moyen, qui est dirigé contre les motifs de l'arrêt par lesquels la cour d'appel se fonde, pour justifier le licenciement, sur les autres griefs visés à la lettre de licenciement que celui du refus de la salariée d'ôter son voile, est divisé en quatre branches.

Selon **la première branche**, fondée sur **la violation des articles L. 1132-4, L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail**, le licenciement, prononcé en violation d'une liberté ou d'un droit fondamental ou pour un motif discriminatoire, est nul, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs visés à la lettre de licenciement.

Selon **la deuxième branche**, fondée sur **la violation des articles L. 1234-1, L. 1331-1, L. 1234-9 et L. 1232-1 du code du travail**, le refus du salarié de se soumettre à une mise à pied conservatoire injustifiée ne peut justifier son licenciement. En l'absence de faute grave susceptible d'être reprochée à Mme Y... pour avoir refusé de quitter son voile, la mise à pied conservatoire n'était pas justifiée et, en

conséquence, le refus de Mme Y... de s'y soumettre en demeurant sur son lieu de travail ne pouvait justifier son licenciement pour faute grave.

Selon **la troisième branche**, fondée sur **la violation des mêmes textes** que ceux visés par la deuxième branche, n'est pas fautif le comportement du salarié qui n'est que l'expression de son refus de se conformer à une décision illicite de l'employeur, tel que le comportement faisant l'objet, en l'espèce, de l'ensemble des autres griefs reprochés à Mme Y..., lesquels, n'auraient été que l'expression, aussi vive soit-elle, de son refus de se conformer à l'ordre illicite qui lui avait été donné d'ôter son voile.

Selon **la quatrième branche**, fondée sur **la violation des articles 4 du code civil et L. 1234-1, L. 1331-1, L. 1234-9 et L. 1232-1 du code du travail**, lorsque sont invoqués plusieurs griefs de licenciement dont l'un d'eux est susceptible d'entraîner la nullité du licenciement, le juge est tenu d'examiner ce grief au préalable et de prononcer la nullité du licenciement, sans pouvoir s'en dispenser au prétexte que les autres griefs invoqués seraient à eux seuls constitutifs d'une faute grave. En s'abstenant de rechercher, comme elle y était expressément invitée, si le refus de la salariée d'ôter son voile islamique pouvait, s'agissant de l'exercice d'une liberté et de l'expression de convictions personnelles licites, être sanctionné disciplinairement et caractériser une faute et donc de s'interroger sur la nullité du licenciement, la cour d'appel aurait méconnu son office et violé les textes susvisés.

Le cinquième moyen, qui est dirigé contre les motifs par lesquels la cour d'appel de Paris statue sur les autres motifs de licenciement que celui pris du refus de Mme Y... d'ôter son voile, est divisé en deux branches.

Selon **la première branche**, fondée sur **la violation des articles L. 1234-1, L. 1234-9, L. 1232-1 et L. 1331-1 du code du travail**, ne caractérise pas une faute grave privative des indemnités de licenciement le seul fait de « *se maintenir sur les lieux du travail* » après notification d'un ordre d'enlever un signe religieux qui, à le supposer « *licite* », n'en serait pas moins de nature à affecter la salariée dans ses convictions, et sans que ce « *maintien dans les lieux* » ait affecté le fonctionnement de l'entreprise, aucun trouble à ce fonctionnement n'étant caractérisé par l'arrêt attaqué.

Selon **la seconde branche**, fondée sur **la violation des mêmes articles que ceux visés par la première branche et de l'article 4 du code civil**, la lettre de licenciement ne mentionnait aucun fait d'agressivité à l'égard de quiconque et encore moins à l'égard des « *collègues* » de Mme Y..., de sorte que la cour d'appel ne pouvait lui imputer ce fait à faute.

III - Principaux points de droit faisant difficulté à juger

Le présent pourvoi invite l'assemblée plénière à répondre aux questions suivantes :

- L'obligation de neutralité confessionnelle inscrite, dans ses statuts et dans son règlement intérieur, par une association dont l'action est orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et qui oeuvre pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes, constitue-t-elle une conviction dont cette association pourrait se prévaloir, en application de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du droit de l'Union, pour justifier que l'interdiction imposée à son personnel de porter un voile islamique ne soit pas considérée comme une discrimination fondée sur la religion ?

- La création d'une organisation privée dont l'éthique est fondée sur le seul principe de neutralité confessionnelle, constitutif d'une conviction, au sens de la Convention et du droit de l'Union, ne peut-elle en droit interne résulter que d'une loi ?

- Une association peut-elle se prévaloir du statut d'entreprise de conviction, après la date d'adoption de la directive 2000/78, en l'absence de législation nationale autorisant une telle organisation à pratiquer, à l'égard de son personnel, des différences de traitement en raison de la religion qui peuvent, à certaines conditions, ne pas être qualifiées de discriminations fondées sur la religion ?

- Pour être licites, les restrictions à la liberté religieuse instituées à l'égard de ses employés par une entreprise de conviction doivent-elles, comme celles que peuvent prévoir les autres employeurs privés, être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et être proportionnées au but recherché ?

- Le licenciement de l'employé d'une entreprise de conviction, motivé par l'inobservation de la conviction dont elle se réclame, peut-il être qualifié de faute grave ?

- La clause du règlement intérieur d'une association, que celle-ci réponde ou non à la qualification juridique d'entreprise de conviction, selon laquelle "*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, ses annexes ou en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche à l'extérieur*", est elle générale et imprécise et, en conséquence, illicite comme portant une atteinte disproportionnée à la liberté religieuse de ses employés ?

IV - Analyse des principaux points de droit invoqués

Avant d'examiner les principales questions soulevées par le présent pourvoi, qui se rapportent au droit pour la directrice adjointe et éducatrice d'une crèche privée revendiquant une obligation de neutralité confessionnelle de porter un voile islamique sur son lieu de travail (B) et au respect par l'arrêt attaqué des règles applicables en matière de licenciement (C), il convient de rappeler divers éléments de contexte permettant de mieux cerner la place du voile islamique au sein de la société (A).

A - Le voile islamique

Dans la présente affaire, la clause incriminée du règlement intérieur de l'association Baby-Loup impose le respect des "*principes de laïcité et de neutralité*", obligation qui emporte, selon l'arrêt attaqué, "*interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion*".

Il n'est pas contesté que le signe de religion considéré comme "*ostentatoire*" que portait Mme Y... lorsqu'elle s'est présentée à la crèche, le 9 décembre 2008, pour reprendre son travail, était un voile islamique décrit comme "*un foulard autour du visage*"¹ et "*laissant visible l'ovale du visage*"², qu'elle a refusé d'ôter.

Le voile islamique, dont la signification religieuse ne semble pas clairement établie et dont le port est diversement perçu par le juge (1°), se trouve soumis, dans plusieurs Etats, à des régimes juridiques variés (2°).

1°) Sens du voile islamique et perception

Il n'appartient pas à la Cour de cassation de se prononcer sur le sens, notamment religieux, et sur le caractère obligatoire ou facultatif, selon les prescriptions de l'islam, du port du voile islamique³. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à la liberté de religion exclut toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci⁴.

¹Mémoire ampliatif, p. 3

²Rapport de M. le conseiller Huglo, dans la présente affaire, pourvoi n° F 11-28.845, page 7.

³Sur la difficulté de définir un signe religieux, v. P. Waquet, dans "*Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ?*", "*Le droit actuel offre toutes les ressources utiles*", Revue de droit du travail 2009, p. 485.

⁴CEDH, Manoussakis et autres c. Grèce, arrêt du 26 septembre 1996, Recueil 1996-IV, p. 1365, § 47, Hassan et Tchaouch c. Bulgarie [GC], n° 30985/96, § 78, 2000-XI, Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie [GC], n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 91, 2003-II. Ce principe ne semble pas avoir été appliqué par le procureur général de Paris dans ses conclusions

Au regard du droit à la liberté religieuse, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, s'agissant de l'interdiction du port du voile islamique par une étudiante turque, que, dans la mesure où la requérante, *“en revêtant un foulard, [estime obéir] à un précepte religieux et, par ce biais, manifeste sa volonté de se conformer strictement aux obligations de la religion musulmane, (...) l'on peut considérer qu'il s'agit d'un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction et, sans se prononcer sur la question de savoir si cet acte, dans tous les cas, constitue l'accomplissement d'un devoir religieux, la Cour partira du principe que la réglementation litigieuse, qui soumet le port du foulard islamique à des restrictions de lieu et de forme dans les universités, a constitué une ingérence dans l'exercice par la requérante du droit de manifester sa religion”*⁵.

La Cour suprême du Canada a tenu le même raisonnement dans l'affaire Amselem. La Cour suprême y définit la liberté religieuse comme *« la liberté de se livrer à des pratiques et d'entretenir des croyances ayant un lien avec une religion, pratiques et croyances que l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux »*⁶.

Il n'est cependant pas inutile de rappeler, comme élément de contexte, les opinions exprimées par des autorités religieuses de l'islam sur ce sujet. Ainsi que l'a exposé l'Observatoire de la laïcité, dans son rapport d'étape du 25 juin 2013, certaines autorités musulmanes du monde arabe considèrent que le voile n'est pas un *“signe”* ou un *“symbole”*, mais une prescription religieuse⁷. Selon le rapport, certaines voix ont fait valoir, en revanche, que *“ le voile n'était pas une obligation et que son port était basé sur une interprétation erronée du Coran ”*⁸.

présentées, le 14 octobre 2013, dans la présente affaire, devant la cour d'appel de Paris, lequel a estimé que l'interdiction du port du voile islamique *“limitée à une manifestation d'appartenance religieuse dont le caractère obligatoire n'est pas établi est tout à fait proportionné au but recherché par l'employeur”*, avant de préciser les autres raisons pour lesquelles il considérait que la restriction litigieuse respectait le principe de proportionnalité.

⁵CEDH, Leyla Sahin c. Turquie [GC], n° 44774/98, § 78, 2005-XI, les passages soulignés des citations figurant dans le présent rapport le sont toujours par le rapporteur.

⁶Cour suprême du Canada, 30 juin 2004 Syndicat Northcrest c. Amselem, cité dans *“Le voile intégral dans l'espace public en Belgique”*, audition d'E. Delruelle auprès de la Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée nationale française *« sur le port du voile intégral sur le territoire national »*. Ambassade de France, le 13 novembre 2009.

⁷Rapport, p. 121, R. Dubertrand, *“ Perceptions internationales de la laïcité en France ”*.

⁸Ibid. p. 122.

Il y a lieu d'ajouter qu'aux termes de la Recommandation n° 1927 "Islam, islamistes et islamophobie en Europe" du 23 juin 2010 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe: "*ni le port du voile intégral par les femmes, ni celui du foulard, ne sont universellement reconnus comme une obligation religieuse imposée par l'islam; ils relèveraient plutôt d'une habitude sociale et culturelle, cette tradition peut représenter une menace pour la dignité et la liberté des femmes, aucune femme ne devrait être contrainte de porter une tenue religieuse par sa communauté ou sa famille et il importe de protéger les femmes contre toute exclusion de la vie publique*"

Les appréciations portées par certaines juridictions statuant en dernier ressort sur les caractéristiques du voile islamique, qui reflète la manière dont celui-ci peut être perçu par le juge exerçant sa mission de dire le droit, expriment une certaine divergence, le voile islamique, selon la juridiction concernée, présentant un caractère ostensible certain ou exprimant une revendication prosélyte⁹.

Ainsi, selon la Cour européenne des droits de l'homme, statuant sur un recours exercé par une institutrice de l'enseignement public contre la décision d'autorités nationales de lui interdire de porter un foulard islamique dans le cadre de ses activités, a estimé qu'"*il est bien difficile d'apprécier l'impact qu'un signe extérieur fort tel que le port du foulard peut avoir sur la liberté de conscience et de religion d'enfants en bas âge. En effet, la requérante a enseigné dans une classe d'enfants entre quatre et huit ans et donc d'élèves se trouvant dans un âge où ils se posent beaucoup de questions tout en étant plus facilement influençables que d'autres élèves se trouvant dans un âge plus avancé. Comment dès lors pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui, comme le constate le Tribunal fédéral, est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il 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 à ses élèves*"¹⁰.

Statuant, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant en application du principe de laïcité le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, sur un recours relatif au port d'un foulard par une élève dans l'enceinte de son lycée, le Conseil d'Etat a jugé que "*le foulard par lequel [cette élève] entendait exprimer ses*

⁹Selon C. Wolmark, " *La manifestation de sa religion, par le port d'un foulard notamment, et le prosélytisme doivent être nettement distingués (...). Le prosélytisme est susceptible d'être traité dans les catégories de l'abus du droit d'expression (...)* ce qui n'est pas le cas du simple port d'un signe religieux qui n'est pas en tant que tel, il faut insister, un zèle déployé pour répandre la foi, définition du prosélytisme ", dans " *Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ?* ", " *L'entreprise n'est pas un établissement scolaire* ", Revue de droit du travail 2009, p. 485.

¹⁰ CEDH, Dahlab c. Suisse, arrêt du 15 février 2001, n° 42393/98, 2001-V.

convictions religieuses ne saurait être regardé comme un signe présentant par sa nature un caractère ostentatoire ou revendicatif... et dont le port constituerait dans tous les cas un acte de pression ou de prosélytisme¹¹.

Après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mars 2004, qui a créé l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation, aux termes duquel, "*dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit.*", le Conseil d'Etat a considéré qu'il résultait de ce texte que "*si les élèves des écoles, collèges et lycées publics peuvent porter des signes religieux discrets, sont en revanche interdits, d'une part, les signes ou tenues, tels notamment un voile ou un foulard islamique, une kippa ou une grande croix, dont le port, par lui-même, manifeste ostensiblement une appartenance religieuse, d'autre part, ceux dont le port ne manifeste ostensiblement une appartenance religieuse qu'en raison du comportement de l'élève*"¹².

La Cour de cassation, quant à elle, a considéré que le port d'un voile par l'élève d'un collège constituait "*un simple mode d'expression ostensible de [ses convictions religieuses]*"¹³.

S'agissant de l'interférence qui existe parfois, au sujet du port du voile, entre le droit à la liberté religieuse et le principe de l'égalité entre hommes et femmes, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt Dahlab, précité, a considéré que "*le port du foulard (...) semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui (...) est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes*". Il a aussi été souligné par un auteur qu'il paraissait "*quelque peu paradoxal au nom de la dignité de la femme, de présumer que le port d'un voile ou d'un foulard n'est que le produit d'une soumission, ce qui conduit à refuser d'entendre la parole de femmes musulmanes*"¹⁴.

2) Eléments de droit comparé

L'étude des normes en vigueur dans plusieurs Etats révèle l'existence de conceptions nationales très différentes et, en conséquence, de statuts juridiques des enseignants, au sein des établissements préscolaires et scolaires, d'une grande variété, du point de vue de la liberté religieuse et, en particulier, quant au port du voile islamique.

¹¹CE, 27 novembre 1996, n° 170941.

¹²CE, 5 décembre 2007, n° 285394, 285395, 285396.

¹³1^{ère} civ., 21 juin 2005, Bull. I, n° 271.

¹⁴C. Wolmark, article préc.

Pour conserver leur caractère pertinent aux fins de l'examen du présent pourvoi, auquel ils ne sauraient prétendre apporter de réponse normative, les éléments de droit comparé en matière de liberté religieuse qui suivent doivent être examinés avec précaution. Il convient de toujours distinguer le caractère public et privé de la personne en cause et, au sein d'un établissement préscolaire ou scolaire, de prêter attention à l'âge des élèves, au sujet (enfant ou enseignant) et à l'objet (voile ou burqa) de la restriction, l'interdiction du port d'un signe religieux n'ayant pas la même valeur comparative selon les cas. Il reste que même limitée, par exemple, aux établissements publics, une information telle que celle relative au droit des enseignantes, en Allemagne, de porter le voile islamique, sauf loi contraire, et celle, relative au droit des établissements scolaires publics britanniques d'interdire la burqa, vêtement sensiblement plus couvrant que le voile islamique¹⁵, sont éclairantes par l'interprétation a fortiori que l'on peut faire de ces droits pour les établissements à caractère éducatif... privés.

La diversité des régimes va de la liberté à la prohibition du port du voile islamique par les employées des garderies ou des écoles, en passant par une délégation aux autorités décentralisées de la compétence pour décider de réglementer ou non cette pratique.

En **Allemagne**, la Cour constitutionnelle fédérale a jugé, par une décision du 24 décembre 2003, qu'en l'absence d'interdiction législative expresse, les enseignantes étaient autorisées à porter le foulard et que, lorsqu'ils entendent interdire le port du foulard islamique dans les écoles publiques, les Länder devaient réglementer la tenue vestimentaire des enseignants¹⁶. La solution a été transposée aux garderies, ainsi que l'ont confirmé certaines juridictions nationales, le port du voile islamique étant admis en l'absence de norme contraire¹⁷. Huit Länder sur seize ont adopté des

¹⁵Selon la définition qui en est donnée dans une étude de droit comparé du Sénat (Documents de travail du Sénat, série Législation comparée, "Le port de la Burqa dans les lieux publics", n° LC 201, octobre 2009), "la burqa, qui est le vêtement traditionnel des tribus pachtones d'Afghanistan, recouvre entièrement la femme en dissimulant les yeux derrière un grillage, mais elle laisse apparaître les mains, qui peuvent néanmoins être couvertes par des gants".

¹⁶CEDH, Leyla Sahin, préc. § 59; Etude, précitée, du Sénat. Dans cette étude, il est précisé que " Si le port du foulard islamique n'est pas expressément mentionné par les textes, il est visé au titre des symboles religieux ou des manifestations religieuses extérieures. Les dispositions adoptées par les Länder de Berlin, Hesse et Bavière sont plus précises : elles font référence au port d'une « pièce de vêtement ». Dans ces Länder, les enseignantes qui portaient en classe un foulard islamique ou un substitut comme une casquette ou un béret ont toutes perdu leur procès".

¹⁷" Le port du voile dans les garderies d'enfants (Allemagne, Belgique et Pays-Bas)". Etude réalisée par le bureau du droit comparé du SAEI, Ministère de la justice, octobre 2012.

dispositions spécifiques¹⁸, en invoquant le devoir de neutralité de l'Etat à l'égard des élèves et de leurs parents, ainsi que la nécessité de ne pas troubler " *l'ordre scolaire* ". Deux Länder se sont dotés d'une législation sur l'interdiction du port du voile dans les garderies. Dans le Bade-Wurtemberg, l'interdiction de porter des signes religieux s'applique aux établissements publics. Dans le Land de Berlin, la loi applicable aux garderies d'enfants ne fixe pas d'interdiction de principe du port de signes religieux à l'égard du personnel des garderies, mais reconnaît aux parents le droit de s'opposer au port de tels signes. En cas d'opposition, une tentative de conciliation est entreprise et, en cas d'échec, l'interdiction du port du foulard s'applique aux personnes en charge de l'enfant dont les parents auront manifesté leur opposition¹⁹.

En **Autriche**, le port du foulard islamique par les enseignantes ne fait l'objet d'aucune réglementation²⁰. A Vienne, deux enseignantes ont porté le foulard islamique, en 2008, sans susciter de problèmes ou de plaintes²¹.

En **Belgique**, en application de la loi du 1^{er} juin 2011, visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage, il est interdit de se présenter dans les lieux accessibles au public le visage masqué ou dissimulé en tout ou en partie, de manière telle qu'ils ne soient pas identifiables. Un " *règlement de travail* ", ou règlement intérieur d'entreprise, peut cependant déroger à cette interdiction de principe. La puissance publique semble avoir délégué aux directions d'école, en application de ce texte, la réglementation du port du voile intégral, solution critiquée par certains responsables d'établissements scolaires qui réclamaient l'adoption d'un texte de loi²².

Au **Danemark**, aucun texte législatif ou réglementaire ne traite explicitement du port de signes religieux. Le port du foulard islamique est largement admis, y compris dans les salles des séances du Folketing²³.

¹⁸Etude comparative sur la laïcité du bureau du droit comparé du SAEI, Ministère de la justice, juillet 2013.

¹⁹Etude du ministère de la justice de 2012, préc.

²⁰Etude du Sénat de 2009, préc. Information arrêtée à la date de l'étude.

²¹Ibid.

²²Etude du ministère de la justice de 2012, préc.

²³Parlement danois. Etude du Sénat de 2009, préc. Information arrêtée à la date de l'étude.

En **Espagne**, aucun texte législatif ou réglementaire ne traite explicitement du port de signes religieux²⁴. L'enseignement relève de la compétence des communautés autonomes et, dans la plupart d'entre elles, le port du foulard par les élèves dans les établissements publics d'enseignement s'est développé sans qu'aucun débat ait lieu. En l'absence de règles spécifiques et compte tenu, d'une part, de la compétence des communautés autonomes en matière d'éducation et, d'autre part, de la relative indépendance des établissements scolaires, les conflits sont réglés localement, la priorité étant donnée à la scolarisation des enfants²⁵.

Aux **Pays-Bas**, une loi interdisant le port de la burqa a été adoptée en 2012. Avant cette loi, en 2004, la Commission pour l'égalité de traitement avait estimé que les vêtements couvrant le visage pouvaient être interdits dans les établissements scolaires parce qu'ils gênent l'identification ainsi que les relations personnelles et qu'ils constituent une source d'insécurité. La commission précisait toutefois que les interdictions devaient être formulées de façon « neutre » et ne contenir aucune allusion au fait que les vêtements visés sont portés pour des raisons religieuses²⁶. Il n'existe pas de texte interdisant le voile islamique dans les écoles ou les garderies d'enfants. Il semblerait qu'en l'absence de texte, la jurisprudence joue un rôle important. Par exemple, le tribunal d'Haarlem a rendu, le 4 avril 2011, un jugement permettant à un collège catholique d'interdire le port du voile islamique dans ses locaux, et ce, contrairement à l'avis qui avait été rendu par la Commission sur l'égalité de traitement. La cour d'appel d'Amsterdam a confirmé le jugement²⁷.

Le **Royaume-Uni** ne connaît pas de principe général régissant le port du voile ou de tout signe extérieur religieux²⁸. Le port du foulard islamique est généralement admis dans les lieux publics et ne semble pas susciter de difficulté. C'est notamment le cas dans les écoles, aussi bien pour les élèves que pour les enseignantes, ainsi que dans l'exercice de certaines professions. Les agents de police, par exemple, peuvent porter le foulard islamique²⁹.

²⁴ Etude du Sénat de 2009, préc. Information arrêtée à la date de l'étude.

²⁵ Etude du Sénat " *Le port du foulard islamique à l'école* ", (Documents de travail du Sénat, série Législation comparée, n° LC 128, novembre 2003), information arrêtée à la date de l'étude.

²⁶ Etude du Sénat de 2009, préc.

²⁷ Etude du ministère de la justice de 2012, préc.

²⁸ Etude comparative sur la laïcité du bureau du droit comparé du SAEI, Ministère de la justice, juillet 2013

²⁹ Etude du Sénat de 2009, préc.

En **Algérie** et au **Maroc**, il n'existe pas de disposition législative ou réglementaire permettant de restreindre la liberté de porter des signes ostensibles d'appartenance à une religion³⁰. En **Tunisie**, plusieurs circulaires prohibent le port du voile islamique dans l'administration, les établissements scolaires publics et, depuis 1991, dans les établissements scolaires privés. En 2007, un tribunal administratif... a mis fin à la mesure de suspension dont faisait l'objet une enseignante dans une école secondaire pour son insistance à porter le voile. Le tribunal administratif... a considéré que cette décision de licenciement était inconstitutionnelle comme contraire aux dispositions de l'article 5 de la constitution de 1959 qui garantissait la liberté du culte³¹.

Enfin, au **Canada**, en droit du travail, doit être relevée la pratique des "*accommodements raisonnables*", destinée à la recherche, par les juridictions, d'une conciliation entre les croyances religieuses personnelles et les nécessités sociales. L'obligation d'accommodement est celle qui est imposée à l'employeur de prendre des mesures raisonnables, lesquelles ne doivent pas lui causer de contrainte excessive, afin de composer avec les pratiques religieuses de l'employé, victime d'une discrimination en raison d'une règle ou d'une condition de travail. Plus fréquemment invoquée pour des motifs de discrimination en raison du sexe ou d'un handicap que religieux, il en a été fait usage, aux fins de respecter les croyances religieuses, pour autoriser le port du turban sikh dans la gendarmerie canadienne. De même, les croyants sikh ont été dispensés du port du casque de sécurité, pour porter leur turban, sur le site du port de Montréal³². La même notion existe dans le droit des **Etats-Unis**. Apparue en 1964 dans une décision de la Commission instituée par le Congrès pour surveiller l'application sur le lieu de travail de la loi Civil Rights Act, elle a été insérée dans cette dernière loi en 1972³³. Dans le but d'accommoder la liberté religieuse au contexte professionnel, les forces de police des trois plus grandes villes de Etats-Unis ont adopté des règles permettant à leurs agents de porter le voile dans l'exercice de leurs fonctions³⁴.

B - Le droit pour l'employée, directrice adjointe et éducatrice, d'une crèche privée revendiquant une obligation de neutralité confessionnelle, de porter un voile islamique

³⁰Etude du ministère de la justice de 2013, préc.

³¹Information du magistrat de liaison français en Tunisie. On ignore si cette décision est isolée et si elle est définitive.

³²Etude du ministère de la justice de 2013, préc.

³³A. Fiorentino, "*La liberté religieuse sur les lieux de travail: approche comparative des systèmes américain et britannique*", Revue de droit du travail, 2013, p. 649.

³⁴Etude du ministère de la justice de 2013, préc.

Il convient de rappeler, aux fins de se prononcer sur l'existence d'un tel droit, au regard des motifs contestés de l'arrêt de la cour d'appel de Paris et du jugement qu'il confirme, d'une part, la substance de ces décisions ainsi que de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles (1°), et, d'autre part, les normes de droit européen applicables en matière de liberté religieuse (2°) avant de s'interroger sur les principaux thèmes suivants, invoqués par le pourvoi : l'entreprise de conviction (3°) et les justifications des restrictions à l'exercice de la liberté religieuse ou des différences de traitement des salariés en raison de leurs convictions religieuses (4°).

1°) Principes de raisonnement des juges du fond

Bien que conduisant à la même décision de rejet du recours de Mme Y... en annulation de son licenciement, ainsi que des demandes indemnitaires y afférentes, les raisonnements du conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie, de la cour d'appel de Versailles et de la cour d'appel de Paris sont fondés sur des motifs différents, dont on rappellera les grandes lignes.

a - Le jugement du conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie

Le rejet par le conseil de prud'hommes du recours formé par Mme Y... est principalement fondé sur la violation, par le refus de celle-ci d'ôter le voile islamique qu'elle portait sur son lieu de travail, des dispositions du règlement intérieur de l'association Baby-Loup imposant à son personnel, de manière licite, de respecter les principes de laïcité et de neutralité applicables au personnel de l'association Baby-Loup, eu égard à l'activité de service public de celle-ci.

b - L'arrêt de la cour d'appel de Versailles

Le rejet du recours de Mme Y..., confirmé par la cour d'appel de Versailles, n'est pas exactement justifié par les mêmes motifs que ceux des juges de première instance.

Si le rejet est lui aussi fondé sur la violation, constituée par le refus de Mme Y... d'ôter son voile islamique, des dispositions considérées comme licites du règlement intérieur de l'association, le raisonnement suivi par la cour d'appel de Versailles se distingue de celui du conseil de prud'hommes sur les points suivants:

D'une part, la cour d'appel rappelle les dispositions des statuts de l'association qui définissent le but, poursuivi par l'association, de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'oeuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier.

D'autre part, la qualification de service public attribuée à l'activité de l'association a disparu.

Enfin, la référence au principe de laïcité, quoique maintenue par la citation de la clause applicable du règlement intérieur, est en retrait, dans le raisonnement, par rapport à l'obligation de neutralité qu'imposent au personnel de l'association tant ses statuts que son règlement intérieur.

En conséquence, la cour d'appel retient, par un motif nouveau par rapport au jugement contesté, que le rejet est fondé sur la considération principale que les restrictions ainsi prévues à la liberté religieuse sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail.

c - L'arrêt de la cour d'appel de Paris

L'arrêt attaqué emprunte, quant à lui, une troisième voie pour rejeter le recours et déclarer justifié le licenciement de Mme Y....

Les quatre séries de motifs nouveaux sont les suivants :

En premier lieu, l'association est une entreprise de conviction, au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En deuxième lieu, les missions de l'association Baby-Loup sont d'intérêt général, au point d'être fréquemment assurées par des services publics et de bénéficier, en l'occurrence, de financements publics.

En troisième lieu, la formulation de l'obligation de neutralité qui s'impose au personnel de l'association dans son règlement intérieur est suffisamment précise pour être entendue comme étant d'application limitée aux activités d'éveil et d'accompagnement des enfants à l'intérieur et à l'extérieur des locaux professionnels, de sorte qu'elle n'a pas la portée d'une interdiction générale.

Enfin, les restrictions ainsi prévues à la liberté religieuse répondent aussi, dans ce cas particulier, à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants, même si cette exigence ne résulte pas de la loi.

Au motif de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles selon lequel les restrictions ainsi prévues à la liberté religieuse sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail, la cour d'appel de Paris ajoute que ces restrictions ne présentent pas un caractère discriminatoire, au sens de l'article L. 1132-1 du code du travail.

d - Les termes de la divergence entre la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation

Dans son arrêt du 19 mars 2013, la chambre sociale a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Versailles au motif que la clause litigieuse du règlement intérieur de l'association Baby-Loup instaurait une restriction générale et imprécise à la liberté religieuse, de sorte que le licenciement de Mme Y... était nul comme ayant été prononcé pour un motif discriminatoire en raison de la religion.

La divergence de vues entre la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, justifiant le renvoi du présent pourvoi devant l'assemblée plénière, est exprimée par le motif de l'arrêt attaqué selon lequel l'obligation de neutralité formulée dans le règlement intérieur de l'association est suffisamment précise.

2) La liberté religieuse en droit européen

Ainsi que le rappelle M. Sudre, *“La liberté d'avoir des convictions et des croyances ne peut être qu'absolue: s'agissant d'idées et de convictions profondes, se forgeant dans le for intérieur de la personne, et ne pouvant donc en soi porter atteinte à l'ordre public, toute restriction de la part des autorités de l'Etat est interdite”*³⁵.

Il ajoute que *“La liberté d'avoir des convictions et des croyances implique naturellement celle de manifester ses convictions ou ses croyances, en particulier sa religion”*, mais qu' *“ il n'en reste pas moins vrai que certaines limitations sont possibles pour concilier les intérêts des divers groupes et le respect des convictions de chacun ”*³⁶.

a - Droit de la Convention

- Dispositions applicables

Aux termes de l'article 9 de la Convention, intitulé *“Liberté de pensée, de conscience et de religion”* :

“ 1. 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.

2. 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

³⁵F. Sudre, *“ Droit européen des droits de l'homme ”*, 2013, points 200 et s.

³⁶Ibid., CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c/Grèce, n° 14307/88, § 33; 13 déc. 2001, Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c/ Moldova, n° 45701/99, § 114 et s.

santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. ”

Aux termes de l'article 14 de la Convention, intitulé "*Interdiction de discrimination*" :

“La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. ”

- Méthodes et interprétation

La méthode mise en oeuvre par la Cour européenne des droits de l'homme pour contrôler le respect de l'article 9 de la Convention commence par la vérification de l'existence, d'une part, du droit dont la protection est invoquée par le requérant, et, d'autre part, de l'ingérence de l'Etat dans ce droit. Lorsqu'une ingérence existe, la Cour s'assure, conformément à l'article 9, paragraphe 2, de la Convention, qu'elle poursuit un but légitime, qu'elle est prévue par la loi et qu'elle est nécessaire dans une société démocratique³⁷. Cette méthode est caractéristique du contrôle du respect par les Etats de leurs "*obligations négatives*", qui consiste à s'abstenir de porter atteinte aux droits et libertés.

La Cour de Strasbourg semble suivre une méthode différente de la précédente, lorsqu'elle est saisie d'une plainte qui n'est pas dirigée contre une action de l'Etat, mais contre une personne privée, et en particulier, comme en l'espèce, contre une ingérence imputée à un employeur. Les Etats sont, en pareil cas, investis d' "*obligations positives*", lesquelles ont un contenu précis : *adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que l'individu tient de la Convention*³⁸. La méthode est ainsi décrite par la Cour : "*si de nombreuses dispositions de la Convention ont essentiellement pour objet de protéger l'individu contre toute ingérence arbitraire des autorités publiques, il peut en outre exister des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits concernés (Özgür Gündem c. Turquie, n° 23144/93, § 41, CEDH 2000-III). Elle réaffirme que de telles obligations peuvent aussi s'imposer sur le terrain de l'article 9 de la Convention (Membres (97) de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani c. Géorgie, n° 71156/01, § 134, CEDH 2007-V). Ces obligations peuvent nécessiter l'adoption de*

³⁷V. Berger, "*Une logique de mise en balance des intérêts*", Semaine sociale Lamy, 25 mars 2013, n° 1577. Voir, comme exemple d'application de cette méthode, CEDH, Leyla Sahin c/ Turquie, préc., § 75 et suivants.

³⁸F. Sudre, "*Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*", Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1995, p. 363.

mesures visant au respect de la liberté de religion jusque dans les relations des individus entre eux. Si la frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au regard de l'article 9 ne se prête pas à une définition précise, les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'Etat jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation (voir, mutatis mutandis, Evans c. Royaume-Uni [GC], n° 6339/05, §§ 75-76, CEDH 2007-IV, Rommelfanger, décision précitée ; voir aussi Fuentes Bobo c. Espagne, n° 39293/98, § 38, 29 février 2000) ”³⁹. Dans cette dernière affaire, par exemple, la Cour s'est posée la question de savoir “ si l'Etat était tenu, dans le cadre de ses obligations positives découlant de l'article 9, de reconnaître à la requérante le droit à sa liberté de religion contre la mesure de licenciement prononcée par [son employeur] ”. Et c'est “ en examinant la mise en balance effectuée par les juridictions du travail ” nationales de ce droit de la requérante avec le droit de son employeur découlant notamment de l'article 9 que la Cour apprécie “ si la protection offerte à la requérante a atteint ou non un degré satisfaisant ”⁴⁰.

S'agissant de l'article 14 de la Convention, la Cour de Strasbourg juge que ce texte “ n'a pas d'existence indépendante puisqu'il vaut uniquement pour la jouissance des droits et libertés garantis par les autres dispositions normatives de la Convention et des Protocoles ”. Elle ajoute que “ cependant, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences et, dans cette mesure, possède une portée autonome ”. Selon la Cour, “ seules les différences de traitement fondées sur une caractéristique identifiable (“ situation “) sont susceptibles de revêtir un caractère discriminatoire aux fins de l'article 14 (...). La “ religion ” est expressément mentionnée à l'article 14 parmi les motifs de discrimination interdits ”. Poursuivant la délimitation du domaine de l'article 14, la Cour de Strasbourg précise qu' “ en principe, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables (...) [et que] le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes ”. Enfin, la Cour ajoute qu' “ une telle distinction entre personnes dans une situation comparable – ou un tel défaut de traitement différent entre personnes dans des situations sensiblement différentes – est discriminatoire si l'un ou l'autre manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si l'un ou l'autre ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a aucun rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ” et que “ les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues

³⁹CEDH, Siebenhaar c. Allemagne, arrêt du 3 février 2011, n° 18136/02, § 38.

⁴⁰Ibid, § 40

justifient des distinctions de traitement (...). L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte"⁴¹.

b - Droit de l'Union européenne

Aux termes de l'article 10, paragraphe 1, de la Charte, intitulé "*Liberté de pensée, de conscience et de religion*", "*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*".

Aux termes de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, intitulé "*Portée et interprétation des droits et des principes*", "*Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui*".

Aux termes de l'article 51, paragraphe 3, de la Charte, lequel établit un lien entre les droits de la Charte et ceux de la Convention, "*Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue*".

Outre l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78, cité dans le présent rapport⁴², on rappellera les termes de l'article 4, paragraphe 1, de la même directive, applicable en la cause : "*Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} 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.*"

⁴¹CEDH, arrêt du 15 janvier 2013, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, § 85-88

⁴²Rapport, IV, B, 3°), a, p. 31.

Cette disposition a été transposée en droit interne par 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, laquelle a notamment modifié l'article L. 1133-1 du code du travail, dans sa version applicable en l'espèce.

3) L'entreprise de conviction

Ainsi que cela a été rappelé, l'arrêt attaqué qualifie l'association Baby-Loup d'entreprise de conviction.

La notion d' "*entreprise de conviction*" recouvre en partie une catégorie de personnes d'abord désignées, dans la doctrine, par la dénomination : "*entreprise de tendance*", empruntée au droit allemand⁴³, ou "*entreprise identitaire*"⁴⁴. Selon M. Waquet, "*on admet en général que les entreprises de tendance sont essentiellement des associations, des syndicats ou des groupements (partis politiques, églises ou autres groupes à caractère religieux), dans lesquels une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée. Autrement dit, l'objet essentiel de l'activité de ces entreprises est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique*"⁴⁵.

Le recours à la qualification d' "*entreprise de conviction*" par la cour d'appel de Paris est fondé, de manière plus juridique, sur la Convention, eu égard à la référence expresse faite par la cour d'appel à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle interprète la notion de "*conviction*", qui figure à l'article 9 de la Convention, aux côtés de la notion de "*religion*", dont toute personne dispose de la liberté de changer et que toute personne est libre de manifester, au nom de la liberté de pensée, de conscience et de religion⁴⁶. La Cour de Strasbourg admet qu'un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou sur les convictions puisse imposer à ses employés des exigences professionnelles particulières⁴⁷. Ces obligations de loyauté sont susceptibles de limiter les droits que ceux-ci tiennent de la Convention:

⁴³*Tendenzbetrieb*, littéralement "*établissement de tendance*".

⁴⁴J.-P. Marguénaud, "*Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire*", Recueil Dalloz 2011, p. 1637.

⁴⁵Ph. Waquet, "*Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance*", Gaz. Pal. 1996, p. 1427.

⁴⁶Il paraît possible d'avancer l'idée que la notion d' "*entreprises de tendance*", correspond à celle d' "*organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions*" (article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78).

⁴⁷voir, par exemple, CEDH, *Siebenhaar c. Allemagne*, préc., § 46, et la jurisprudence citée.

droit à la liberté d'expression, droit au respect de la vie privée, droit au respect des convictions religieuses, ou même, dans le cas de prêtres, liberté syndicale⁴⁸.

Même lorsque le litige dont elle est saisie se limite à l'invocation de restrictions aux droits et libertés garantis par la Convention et ne nécessite en conséquence l'examen d'aucune différence de traitement prétendument discriminatoire, la Cour européenne des droits de l'homme se réfère au droit de l'Union applicable en matière de discrimination en citant la directive 2000/78, qui vise à lutter contre les discriminations fondées notamment sur la religion ou sur les convictions⁴⁹.

Les motifs par lesquels l'arrêt attaqué qualifie l'association Baby-Loup d'entreprise de conviction sont critiqués par les sept premières branches du premier moyen, pour la plupart afférentes à la nature des convictions dont serait ou non en droit de se prévaloir un employeur, et par la quatrième branche du deuxième moyen, relative à la clause de standstill (ou, en français, de gel) instituée par l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78.

Les motifs de l'arrêt qui déduisent de la qualification d'entreprise de conviction attribuée à l'association Baby-Loup son droit d'exiger la neutralité de ses employés et, en cas de méconnaissance de cette obligation, de prononcer un licenciement pour faute sont critiqués, respectivement, par la première branche du deuxième moyen, relative à la justification et à la proportionnalité des restrictions qu'apporterait à la liberté religieuse un employeur privé, fût-il le dirigeant d'une entreprise de conviction, et par les deuxième et troisième branches du deuxième moyen, relatives à l'impossibilité de recourir à un licenciement de nature disciplinaire de l'employé dont le comportement serait contraire à la conviction de l'entreprise.

Il convient de rappeler le régime applicable aux discriminations, tel qu'institué par la clause de standstill de l'article 4, paragraphe 2 de la directive 2000/78 invoquée en l'espèce (a), avant de présenter la jurisprudence nationale et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d' "*entreprise de tendance*"⁵⁰ (b) et de déterminer la nature des convictions de caractère non confessionnel qui

⁴⁸G. Calvès, " *Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby-Loup, quelle lecture européenne du problème ?*", Revue de droit du travail, n° 2, février 2014, p. 94.

⁴⁹Voir, par exemple, CEDH, 23 septembre 2010 *Obst c/ Allemagne*, n° 425/03 et CEDH, 23 septembre 2010 *Schüth c/ Allemagne*, n° 1620/03. L'article 1^{er} de la directive 2000/78 prévoit que celle-ci " a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en oeuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement ".

⁵⁰Entendue en ce sens volontairement étendu, la notion d'" *entreprise de tendance* " comprend les " *organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* ", au sens de la directive 2000/78.

peuvent être invoquées par un employeur (c), les justifications possibles des restrictions à la liberté religieuse dont peut se prévaloir une entreprise de conviction non confessionnelle (d) et le caractère disciplinaire ou pour “ *trouble objectif* ” du licenciement de l’employé d’une entreprise de conviction (e).

a - L’article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78 instituant une clause de standstill (ou de gel)

L’article 4, intitulé “*Exigences professionnelles*”, dispose ce qui suit :

“ 2. Les États membres peuvent maintenir dans leur législation nationale en vigueur à la date d’adoption de la présente directive ou prévoir dans une législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d’adoption de la présente directive des dispositions en vertu desquelles, dans 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, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d’une personne ne constitue pas une discrimination lorsque, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l’éthique de l’organisation. Cette différence de traitement doit s’exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, ainsi que des principes généraux du droit communautaire, et ne saurait justifier une discrimination fondée sur un autre motif.

Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l’éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l’éthique de l’organisation ”.

Le considérant 24 de la directive vise à éclairer les dispositions de l’article 4 paragraphe 2 : “*L’Union européenne a reconnu explicitement dans sa déclaration n° 11 relative au statut des Églises et des organisations non confessionnelles, annexée à l’acte final du traité d’Amsterdam, qu’elle respecte et ne préjuge pas le statut dont bénéficient, en vertu du droit national, les Églises et les associations ou communautés religieuses dans les États membres et qu’elle respecte également le statut des organisations philosophiques et non confessionnelles. Dans cette perspective, les États membres peuvent maintenir ou prévoir des dispositions spécifiques sur les exigences professionnelles essentielles, légitimes et justifiées susceptibles d’être requises pour y exercer une activité professionnelle ”.*

Le libellé de l’article 4, paragraphe 2, semble limiter la compétence dont disposent les États membres d’adopter une loi permettant aux personnes, notamment

privées, dont l'éthique est fondée, notamment, sur les convictions, d'appliquer dans le cadre de leurs activités professionnelles des différences de traitement fondées sur ces convictions. Cette liberté encadrée des Etats membres leur permettrait d'autoriser les "organisations" en cause à pratiquer des discriminations à l'égard de leurs employés, lorsque les convictions sur lesquelles elles reposent constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée, eu égard à l'éthique de l'organisation, en exigeant de ceux-ci une obligation de loyauté susceptible de limiter leur droit d'opposer à l'employeur leurs propres religion ou convictions.

On soulignera que, comme toutes les exceptions, cette disposition, qui autorise à certaines conditions l'adoption de régimes juridiques dérogatoires au principe d'égalité, doit être entendue strictement. C'est ce que rappelle la Commission européenne dans son rapport commun au Parlement européen et au Conseil de 2014⁵¹.

La limite apportée à la compétence législative des Etats membres est de nature temporelle, la date de référence, qui semble constituer un terme, étant, dans les deux cas de compétence législative prévus par ce texte, "la date d'adoption de la présente directive", soit le 27 novembre 2000⁵².

Les deux cas d'admission d'une législation nationale dérogatoire au principe d'interdiction des discriminations en raison, notamment, des convictions, sont les suivants :

- les Etats membres peuvent maintenir les règles de droit figurant dans leur législation nationale qui comporteraient une dérogation au principe de discrimination, telle que celle précédemment décrite, dès lors qu'une telle législation existe à la date du 27 novembre 2000 ;

⁵¹Rapport du 17 janvier 2014 sur l'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et de la directive 2000/78, COM(2014) 2 final. La Commission a relevé que : " *La directive interdit la discrimination fondée sur la religion ou les convictions dans le domaine de l'emploi et étend cette protection à toute personne professant une religion ou des convictions quelles qu'elles soient. Toutefois, l'article 4, paragraphe 2, de la directive prévoit une dérogation pour les églises et autres organisations dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions en position d'employeurs. Ces organisations sont autorisées, sous certaines conditions, à imposer des exigences spécifiques fondées sur la religion ou les convictions de leurs employés. Ces exigences (appelés « exigences professionnelles ») doivent être essentielles, légitimes et justifiées eu égard à l'éthique de l'organisation et ne doivent pas reposer sur d'autres critères (par exemple, l'orientation sexuelle d'un employé). La Commission a contrôlé la conformité des dispositions nationales d'application à cette dérogation, qui doit être interprétée de manière restrictive puisqu'il s'agit d'une exception ...* ".

⁵²Selon M.-A Moreau, " la directive permet à un Etat membre de maintenir ses dispositions mais non d'en adopter de nouvelles ", dans " Les justifications des discriminations ", 1.2.1, Droit social 2002, p. 1112.

- les Etats membres peuvent, après le 27 novembre 2000, insérer dans leur législation nationale des règles de droit qui comporteraient une dérogation au principe de discrimination, telle que celle précédemment décrite, dès lors que ces règles légalisent des pratiques nationales dérogoires existant à cette date.

Il résulte de la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, relY... à l'application de la directive 2000/78, que la France est l'un des Etats membres "*qui ne prévoient pas cette exception dans leurs législations*"⁵³.

Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel a jugé que l'association Baby-Loup, personne morale de droit privé assurant une mission d'intérêt général, pouvait être qualifiée d' "*entreprise de conviction*", au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont les statuts et le règlement intérieur permettait d'exiger la neutralité de ses employés, une telle obligation emportant interdiction de porter tout signe ostentatoire⁵⁴.

Selon la quatrième branche du deuxième moyen, cette clause "*interdit pour l'avenir l'adoption de normes réduisant le niveau de protection des droits reconnus aux salariés par l'ordonnancement juridique de l'Etat membre*". Précisant les termes, certes vagues, du grief qu'elle invoque, Mme Y... expose que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78, n'ayant pas été "*transposé en droit interne*", ne peut donc engendrer directement des droits au profit des employeurs qui se revendiqueraient d'une conviction particulière qu'ils pourraient invoquer devant le juge national.

Il est ainsi soutenu qu'en l'absence de législation nationale conforme aux dispositions de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78, une personne privée telle que l'association Baby-Loup ne peut invoquer la qualité d'entreprise de conviction pour justifier une différence de traitement de ses employés.

Dans son avis présenté devant la chambre sociale, dans la présente affaire, l'avocat général M. Aldigé, après avoir constaté qu'il n'existait pas de législation nationale spécifique à la date d'adoption de la directive 2000/78 et qu'à ce jour aucune législation n'était intervenue, a conclu qu'en l'absence de transposition, l'article 4, paragraphe 2, ne pouvait engendrer directement des droits au profit des employeurs que ceux-ci pourraient invoquer devant le juge national⁵⁵. Il n'en a pas pour autant déduit l'impossibilité de reconnaître à l'association Baby-Loup la qualité d'entreprise de conviction. Au contraire, il fonde cette qualification juridique sur la jurisprudence de

⁵³Communication du 2 septembre 2008, COM (2008) 225 final/3.

⁵⁴Arrêt attaqué, p. 3.

⁵⁵B. Aldigé, avis, p. 14 et 15.

la Cour européenne des droits de l'homme. M. Aldigé décrit les arrêts *Obst*⁵⁶ et *Schüth*⁵⁷ du 23 septembre 2010 et l'arrêt *Siebenhaar* du 3 février 2011⁵⁸, tous trois relatifs à des entreprises de "tendance" ou "identitaires"⁵⁹, et rappelle que *la doctrine considère que l'analyse des trois arrêts " permet de se persuader de ce que la condition des salariés des entreprises de tendance a servi de révélateur des lignes directrices de la jurisprudence européenne relative à l'application de la Convention européenne dans les relations interindividuelles "* (J-P. Marguenaud et J. Mouly " *les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire " Recueil Dalloz 2011 p. 1637) et particulièrement l'arrêt *Siebenhaar* qui semble être le premier à avoir admis l'effet horizontal de l'article 9 relY... à la liberté de pensée, de conscience et de religion "*⁶⁰.

C'est au terme de ce raisonnement qu'il conclut que la jurisprudence "peut s'interpréter comme traduisant la reconnaissance par la Cour EDH de la portée de la Directive 2000/78/CE".

Le procureur général, dans ses conclusions devant la cour d'appel de Paris⁶¹, suggère que l'association Baby-Loup serait une entreprise de "tendance" en se référant, notamment, aux mêmes arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. M. Falletti n'a cependant pas évoqué la clause de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78, en tout état de cause applicable au litige, puisque le licenciement a été prononcé le 19 décembre 2008, mais dont aucune partie ne s'était prévalu⁶².

Une partie de la doctrine considère comme sérieux l'obstacle du droit de l'Union constitué par cette disposition. Il a ainsi été fait observer que "la France se trouve dans une position difficile face à un statut spécifique des entreprises de tendance dans les relations de travail", qu' "autorisés par la Cour européenne des droits de l'homme, des aménagements qui leur soient propres peuvent difficilement être admis au regard de la directive 2000/78 [car] si l'on suit les conditions posées par l'article 4 § 2 (...), la

⁵⁶CEDH, 23 septembre 2010 *Obst*, préc.

⁵⁷CEDH, 23 septembre 2010 *Schüth*, préc.

⁵⁸Arrêt préc.

⁵⁹Et non, à proprement parler, de " conviction ", au sens de l'article 9 de la Convention, dans la mesure où les personnes concernées étaient des communautés religieuses.

⁶⁰B. Aldigé, avis préc., p. 20.

⁶¹F. Falletti, conclusions du 14 octobre 2013.

⁶²Outre M. Aldigé, cependant, M. Huglo, dans son rapport devant la chambre sociale, avait évoqué l'article 4, paragraphe 2, précisant que " la chambre devra nécessairement prendre en considération [ce texte]" (p. 45), et invitant " expressément " les parties à s'exprimer sur ces dispositions (p. 47).

France n'avait pas à la date d'adoption de la directive, une législation spécifique relative aux organisations confessionnelles et de tendance et que *" ce ne sont pas certaines décisions de justice, parfois anciennes, qui permettent de construire un tel statut "*⁶³.

Une autre partie de la doctrine estime, en revanche, que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78 ne constitue pas un obstacle insurmontable à la reconnaissance des entreprises de " *tendance* " par le droit interne, dès lors que leur existence a été reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme dans plusieurs de ses arrêts, en particulier les arrêts *Obst*, *Schüth* et *Siebenhaar* précités⁶⁴. M. Mouly va jusqu'à considérer qu' *" en s'abstenant de reconnaître cette catégorie d'entreprises, le juge interne pourrait exposer son pays à une condamnation par la Cour de Strasbourg, alors surtout que cette juridiction, en matière de droits fondamentaux, a toujours le dernier mot, y compris contre la Cour de justice de l'Union européenne "*⁶⁵.

Ces raisonnements appellent quelques précisions complémentaires.

⁶³N. Moizard, " *Une atteinte à la liberté religieuse* ", Semaine sociale Lamy, 9 décembre 2013, n° 1609. Dans le même sens, M. Adam relève qu'il reste, pour conférer à l'association *Baby-Loup* la qualité d'entreprise de tendance " *laïque* ", " *à lever l'obstacle institué - exigence de dispositions législatives spécifiques - par l'article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE du Conseil* ", P. Adam, " *Baby-Loup : horizons et défense d'une jurisprudence anathème* ", Revue de droit du travail 2013, p. 385. De même, M. Akandji-Kombé estime que si la cour d'appel de Paris, dans l'arrêt attaqué, se réfère à la jurisprudence de la CEDH, c'est pour mieux contrer le droit de l'Union européenne qui ne permet, en matière professionnelle, de reconnaître la qualité d'entreprise de tendance, avec les conséquences qui s'en infèrent, qu'aux organisations reconnues comme telles par la législation ou la pratique nationale avant la fin de l'année 2000 (dir., 27 nov. 2000, n° 2000/78/CE, art. 4 § 2) J.-F. Akandji-Kombé, " *La valse " Baby-Loup " , troisième temps : la laïcité dans l'entreprise privée à droit forcé* ", Cahiers sociaux, 1^{er} février 2014, n° 260, p. 90.

⁶⁴J. Mouly, " *La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise : le raidissement de la Cour de cassation* ", Recueil Dalloz 2013, p. 963; J. Colonna et V. Renaux-Personnic, " *Réflexions sur les arrêts récents de la chambre sociale de la Cour de cassation relatifs au port du voile islamique dans les entreprises* ", Gazette du Palais, 8 juin 2013, n° 159, p. 13.

⁶⁵J. Mouly, " *L'affaire Baby-Loup devant la cour de renvoi : la revanche de la laïcité ?* ", Recueil Dalloz 2014, p. 65. Cette opinion est partagée par Mme Calvès, qui affirme : " *comment ne pas relever, ici, la contradiction interne qui affecte l'article 4, § 2 ? D'un côté, il évoque le droit des églises et entreprises de tendance de « requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers [leur] éthique » ; de l'autre, il permet aux États de bafouer ce même droit, en les autorisant à ne pas prévoir de régime spécifique pour les entreprises de conviction* ", ajoutant que " *l'article 4 § 2, en tant qu'il permet à un État d'exiger des entreprises de tendance qu'elles respectent le principe de non-discrimination dans les mêmes conditions que les entreprises « ordinaires* », ne résisterait peut-être pas à un examen par la Cour de Luxembourg de sa conformité à la Charte des droits fondamentaux ", article préc.

En droit de l'Union, d'abord : l'article 4, paragraphe 2, accorde aux Etats membres un droit d'option dont l'un des termes est de leur accorder la faculté de fixer en droit interne le cadre juridique autorisant, à certaines conditions, les organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou sur les convictions à exercer une activité professionnelle en s'affranchissant, dans certaines limites, des règles prohibant les discriminations. Lorsque, comme c'est le cas de la France, l'option n'est pas levée, les dispositions de la directive 2000/78 qui prohibent les discriminations fondées sur la religion ou sur les convictions dans le domaine de l'emploi conservent leur force contraignante dans le champ d'application qui est le leur et, à leur suite, les règles de droit interne que les Etats membres sont tenus d'adopter pour en assurer la pleine et entière transposition. Dans une telle logique, les entreprises de tendance, par définition structurellement discriminatoires, pourraient ne pas disposer des moyens de faire prévaloir leur caractère propre⁶⁶.

En droit de la Convention, ensuite : pour que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78 ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance des entreprises de tendance dans un Etat membre de l'Union européenne dépourvu de législation spécifique relative aux organisations confessionnelles ou de conviction, il importerait d'être certain que la Cour européenne des droits de l'homme interprète l'article 9 de la Convention en ce sens que les Etats contractants ne peuvent fixer de limite dans le temps à la reconnaissance de ces entreprises.

Il n'existe pas, à ce jour, de décision de la Cour de Strasbourg énonçant un tel principe.

L'indice d'une impossibilité de limiter dans le temps la reconnaissance des entreprises de tendance pourrait provenir d'arrêts ayant déjà admis l'existence, postérieure à l'année 2000, d'une entreprise de cette nature, en dépit de l'absence de législation spécifique dans l'Etat membre concerné. Il ne semble pas que la Cour de Strasbourg se soit prononcée en ce sens.

On relèvera, en outre, que la Cour européenne des droits de l'homme cite, dans certains de ses arrêts, l'article 4 de la directive 2000/78, en ses deux paragraphes, sans exprimer de réserve particulière quant au régime autorisé par le second paragraphe⁶⁷.

⁶⁶On observera que, en l'absence d'adoption d'une législation nationale conforme à l'article 4, paragraphe 2, les entreprises de " *tendance* " ne sont pas, en tant que telles, directement prohibées, mais que c'est la faculté qui leur est reconnue d'établir des différences de traitement, fondées sur la religion ou sur les convictions, à l'égard de leurs employés, qui pourrait ne plus leur être ouverte.

⁶⁷Voir, par exemple, arrêt *Obst*, préc., § 27.

Il appartiendra à l'assemblée plénière de juger, à la lumière des éléments qui précèdent, si l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78, en ce qu'il édicte une option qui n'a pas été levée par la France aux fins d'autoriser les entreprises de tendance à déroger à la prohibition des discriminations, et si les articles L. 1132-1 et L. 1133-1 du code du travail, dans leur version alors applicable, qui transposent en droit interne les dispositions de la directive 2000/78 prohibant les discriminations fondées notamment sur la religion⁶⁸, constituent des obstacles à l'application, par l'association Baby-Loup, en sa qualité d'entreprise de conviction attribuée par la cour d'appel de Paris, d'une obligation de neutralité confessionnelle susceptible de présenter un caractère discriminatoire. Ce caractère discriminatoire résulterait de la différence de traitement que cette obligation établit entre les employés dont la pratique religieuse, ou la volonté de manifester la religion, consiste dans le port d'un signe religieux et les autres employés.

Il pourrait alors être jugé nécessaire, en cas de doute sur la compatibilité d'une telle norme impérative du droit de l'Union avec l'article 9 de la Convention, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en appréciation de la validité de ce texte au regard des articles 10 et 52, paragraphe 1, de la Charte, lesquels correspondent, au sens de l'article 52, paragraphe 3, de la même Charte, aux droits garantis par l'article 9 de la Convention⁶⁹.

⁶⁸Aux termes de ce texte, " *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er 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, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap "*

⁶⁹Aux termes de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 234 TCE), " *la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :*
a) *sur l'interprétation des traités,*
b) *sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.*
Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.
Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais "

Il résulte, en effet, de l'arrêt du 22 octobre 1987, Foto Frost, de la Cour de justice de l'Union européenne que "*les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires*"⁷⁰.

Il y a lieu, en revanche, dans l'hypothèse où, en l'absence de législation nationale conforme à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78 et d'obstacle conventionnel au régime qu'il institue, la reconnaissance de l'existence d'entreprises de tendance devrait néanmoins être considérée comme admise par notre droit, d'examiner les conditions qui président à cette reconnaissance.

b - Les conditions de la reconnaissance des entreprises de tendance, en l'absence de législation nationale conforme à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78

Les conditions de la reconnaissance des entreprises de tendance peuvent être déduites de la jurisprudence des juridictions nationales et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière. Après en avoir rappelé la substance, il conviendra de s'interroger sur l'existence d'une condition d'adoption d'une loi, au sens organique du terme, invoquée par Mme Y..., sur le fondement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la septième branche du premier moyen, qui serait nécessaire à la création d'un type d'entreprise de conviction fondée sur le seul principe de neutralité.

- Les entreprises de tendance en droit interne

Comme le relevait M. Huglo, dans son rapport sur le premier pourvoi formé dans la présente affaire, la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux entreprises de tendance semble circonscrite aux associations religieuses et aux établissements privés relevant d'une religion déterminée.

Il citait, à cette occasion, M. Waquet, qui s'exprimait en ces termes sur les entreprises de tendance: "*deuxième problème : celui des entreprises de tendance. Si le droit du travail français ne les distingue pas des autres, comme c'est le cas en Allemagne, elles n'en sont pas moins une réalité. À côté des entreprises de tendance que sont les partis politiques, les syndicats professionnels, les associations ou fondations, les clubs sportifs, il faut tenir compte des nombreuses institutions ou associations religieuses, qu'elles soient juives, catholiques, protestantes, orthodoxes, musulmanes, hindouistes et autres... Ces institutions ont des salariés et il est inenvisageable de leur imposer, dans le cadre de leur activité culturelle, une stricte neutralité en interdisant le port de costumes, ornements, objets de piété, etc. La liberté religieuse, droit fondamental de nature constitutionnelle, s'y oppose. D'emblée une interdiction totale et générale des signes religieux dans le cadre de l'entreprise apparaît*

⁷⁰Affaire 314/85, Rec. 1987, p. 4199.

*comme impossible. Certes, la liberté individuelle de ces salariés de groupements religieux doit être protégée, comme l'a relevé l'arrêt concernant le sacristain de Saint Nicolas du Chardonnet, mais le trouble objectif, qui peut résulter d'un comportement d'un salarié, directement contraire au but religieux poursuivi par l'association ou le groupement qui l'emploie, peut justifier un licenciement (licenciement évidemment non disciplinaire). Nous voici donc contraint de reconnaître qu'une interdiction des signes religieux ne peut avoir une portée générale. Est-elle du moins envisageable dans les entreprises industrielles, commerciales ou artisanales, ne relevant d'aucune pensée ou action religieuse ?*⁷¹.

On peut citer, au titre des décisions ayant reconnu l'existence d'entreprises de tendance en France, les arrêts suivants, notamment l'arrêt de l'assemblée plénière du 19 mai 1978⁷².

Il a été jugé “ *qu'il ne peut être porté atteinte sans abus à la liberté du mariage par un employeur que dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement* ”. La Cour a estimé qu'avaient relevé l'existence de telles circonstances les juges du fond qui, ayant à statuer sur l'action en dommages-intérêts exercée sous l'empire de l'article 23 du livre I du code du travail par un professeur d'un établissement privé d'enseignement catholique à la suite de son licenciement motivé par son remariage après divorce, avaient retenu que, “ *lors de la conclusion du contrat par lequel [cet établissement] s'était lié à [ce professeur], les convictions religieuses de [ce dernier] avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante* ”. Selon la Cour, les juges du fond en ont justement déduit qu'il incombait au salarié, selon la législation alors en vigueur, d'établir la faute commise par son employeur dans l'exercice de son droit de rompre et ont pu décider que l'institution, attachée “ *au principe de l'indissolubilité du mariage, avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise, en lui conservant son caractère propre et sa réputation* ”, n'avait commis aucune faute.

Dans un arrêt du 20 novembre 1986, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que l'article L 122-45 du code du travail, en ce qu'il dispose qu'aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses convictions religieuses, n'était pas applicable lorsque le salarié, enseignant à la faculté libre de théologie protestante de Montpellier, qui avait été engagé “ *pour accomplir une tâche impliquant*

⁷¹P. Waquet, article “ *Le droit actuel offre toutes les ressources utiles* ”, préc.

⁷²Bull. 1978, Ass. plén., n° 1.

qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur ", avait méconnu les obligations résultant de cet engagement⁷³.

Dans un arrêt du 17 avril 1991, la chambre sociale a jugé que " l'article L 122-35 du code du travail et l'article L 122-45 du même code, dans sa rédaction alors en vigueur, interdisant à l'employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses moeurs ou de ses convictions religieuses, il ne pouvait être procédé à un licenciement que lorsque celui-ci repose sur une cause objective fondée sur le comportement du salarié qui, "*compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise*" , avait créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière. Selon la chambre sociale, la cour d'appel qui, pour débouter un aide-sacristain de sa demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, se borne à mettre en cause les moeurs de ce salarié, sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein de l'association religieuse qui l'employait, viole les textes précités⁷⁴.

S'agissant du litige opposant non pas un employé, mais une élève à un établissement d'enseignement privé, au sujet de la condition de respecter la disposition du règlement intérieur prohibant le port du voile dans l'enceinte du collège, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 juin 2005, a rejeté le pourvoi formé par l'élève contre l'arrêt critiqué. Elle a approuvé l'arrêt d'avoir retenu que "*la prohibition faite du port du voile, non contraire à la loi du 31 décembre 1959 relative aux établissements d'enseignement privé, aujourd'hui articles L. 442-1 et suivants du code de l'éducation, en ce qu'elle n'affectait ni la neutralité de l'enseignement dispensé ni la liberté de conscience des élèves ni leurs convictions religieuses mais un simple mode d'expression ostensible de celles-ci, relevait au contraire de l'organisation scolaire et du projet éducatif propre du collège sans violer pour autant son obligation d'accueillir les enfants en dehors de toute distinction d'origine, d'opinion ou de croyance*"⁷⁵.

Dans un arrêt du 20 juillet 1990, le Conseil d'Etat a constaté qu'aucune disposition législative ne faisait obstacle "*à ce que le respect du caractère propre des établissements d'enseignements privé*" et, en l'espèce, d'un établissement d'enseignement catholique, figure au nombre des obligations imposées par le règlement intérieur de ces établissements à l'ensemble de leurs personnels, pourvu que ce règlement "*précise, d'une part, que le respect du caractère propre de l'établissement ne saurait permettre qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience*

⁷³Bull. 1986, V., n° 555.

⁷⁴Bull. 1991, V, n° 201.

⁷⁵Arrêt préc., Bull. I, n° 271.

des intéressés et, d'autre part, que les obligations qui en résultent doivent s'apprécier eu égard à la nature des fonctions exercées par les personnels qui y sont soumis⁷⁶.

Ces arrêts, qui ont en commun de relever le caractère propre de l'organisation privée à laquelle sont susceptibles de s'opposer des employés ou des élèves⁷⁷, fondent sur cette nature spécifique la justification de différences de traitement admissibles dans leur principe.

- Les entreprises de tendance dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Ainsi que cela a été relevé, la Cour de Strasbourg et, avant elle, la Commission européenne des droits de l'homme⁷⁸, se sont prononcées à plusieurs reprises sur les droits des salariés des entreprises de tendance⁷⁹.

Ces décisions, qui concernent toutes des communautés religieuses ou établissements dans la dépendance d'une communauté religieuse (hôpital catholique, Eglise mormone, paroisses catholique et protestante), reconnaissent que l'appartenance à l'une de ces entreprises de tendance "*entraîne inéluctablement pour le salarié un devoir particulier de loyauté ayant pour effet de limiter les droits qu'il tient de la convention*"⁸⁰.

Dans la décision Rommelfanger, précitée, relative au licenciement d'un médecin, employé dans un hôpital catholique, justifié par la formulation dans la presse d'une opinion sur l'avortement non conforme à la position de l'Eglise, la Commission européenne des droits de l'homme a relevé, pour déclarer irrecevable le recours formé par ce médecin, qu'en assumant des obligations contractuelles vis-à-vis de son employeur, le requérant avait accepté un devoir de loyauté envers l'Eglise catholique qui avait limité jusqu'à un certain point sa liberté d'expression. Elargissant le domaine concerné par les limitations ainsi permises aux droits et libertés de la Convention, elle ajoute que "*des obligations semblables peuvent aussi être convenues avec d'autres employeurs que l'Eglise catholique ou ses institutions*". Examinant ensuite les sources

⁷⁶CE, *Association familiale de l'externat Saint-Joseph*, n° 85429, rec. p. 223.

⁷⁷Dans l'arrêt du 20 novembre 1986, la référence à la "*communion de pensée et de foi*" de l'employeur renvoie de manière implicite à l'existence d'une nature propre de l'activité de ce dernier, dont il doit être tenu compte pour apprécier la spécificité du lien de subordination du salarié.

⁷⁸Décision du 6 septembre 1989, *Rommelfanger c/ Allemagne*, n° 12242/86, D.R. n° 62, p. 162.

⁷⁹CEDH, arrêts *Obst*, *Schüth* et *Siebenhaar*, précités.

⁸⁰J-P. Marguénaud et J. Mouly, "*Les droits de l'homme salarié de l'entreprise identitaire*", Recueil Dalloz 2011, p. 1637.

des obligations imposées aux employés et les sanctions de leur violation, la Commission précise, s'agissant des sources, qu'en principe, la Convention autorise des obligations contractuelles de cette nature si elles sont librement acceptées par l'intéressé et, s'agissant des sanctions, que toute violation de telles obligations entraîne normalement les conséquences juridiques stipulées dans le contrat, notamment le licenciement.

Dans les arrêts *Obst*⁸¹, *Schüth*⁸², et *Siebenhaar*⁸³, précités, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que *“l'autonomie des [communautés religieuses], indispensable au pluralisme dans une société démocratique, se trouve au coeur même de la protection offerte par l'article 9”*.

La liberté de limiter les droits et libertés des employés selon des critères propres à la communauté religieuse en question n'est cependant pas absolue. La Cour procède à un contrôle de proportionnalité, en se prononçant sur l'éventuelle existence d'une violation de la Convention après avoir mis en balance les intérêts de la communauté et le droit invoqué par le requérant⁸⁴.

Au contraire de ce qu'elle a décidé dans ses autres arrêts, la Cour de Strasbourg, dans l'arrêt *Schüth*, a relevé *“le caractère succinct du raisonnement des juridictions du travail en ce qui concerne les conséquences que celles-ci ont tirées du comportement du requérant”*. Surtout, elle a précisé que *“si, au regard de la Convention, un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou sur une croyance philosophique peut certes imposer à ses employés des obligations de loyauté spécifiques, une décision de licenciement fondée sur un manquement à une telle obligation ne peut pas être soumise, au nom du droit d'autonomie de l'employeur, uniquement à un contrôle judiciaire restreint, effectué par le juge du travail étatique compétent, sans que soit prise en compte la nature du poste de l'intéressé et sans qu'il soit procédé à une mise en balance effective des intérêts en jeu à l'aune du principe*

⁸¹Licenciement d'un cadre de l'Eglise mormone en raison d'une relation adultère.

⁸²Licenciement d'un organiste et chef de chœur d'une paroisse catholique au motif d'une liaison extra-conjugale dont devait naître un enfant.

⁸³Licenciement d'une éducatrice dans une garderie d'enfants tenue par une paroisse protestante fondé sur l'appartenance de celle-ci à une église concurrente et sur l'existence de cours d'initiation qu'elle donnait pour le compte de cette église.

⁸⁴Dans la décision *Rommelfanger*, le droit invoqué par le requérant était le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10, paragraphe 1, de la Convention; dans les arrêts *Obst* et *Schüth*, il s'agissait du droit au respect de la vie privée consacré par son article 8; dans l'arrêt *Siebenhaar*, le droit invoqué était le droit à la liberté de religion de l'article 9 de la Convention.

de proportionnalité⁸⁵ pour conclure que, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention.

A la question qui se pose de savoir si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux communautés religieuses trouverait à s'appliquer aux entreprises de conviction non confessionnelle, telle que l'association Baby-Loup est ainsi qualifiée par la cour d'appel, une réponse affirmative semble résulter, non seulement de la décision Rommelfanger, mais aussi de la même jurisprudence.

L'arrêt Obst, précité, par exemple, énonce que "*la nature particulière des exigences professionnelles imposées au requérant résulte du fait qu'elles ont été établies par un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou sur les convictions*" et vise l'article 4 de la directive 2000/78, qui se réfère au même type d'éthique religieuse ou non confessionnelle⁸⁶.

L'assemblée plénière pourrait devoir tenir compte de cet élément si elle concluait que l'absence de législation française conforme à la clause de standstill de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78 et la législation transposant la même directive en vue de prohiber les discriminations dans le domaine de l'emploi, combinées, n'entraînent pas d'impossibilité pour une entreprise de conviction de recourir à des différences de traitement de leurs employés.

Encore conviendrait-il de rechercher si, ainsi qu'il est soutenu par la septième branche du premier moyen, un type d'entreprise de conviction fondé sur la seule neutralité confessionnelle ne peut pas être créé que par la loi.

- L'existence d'une condition d'adoption d'une loi, au sens organique du terme, pour la création d'un type d'entreprise de conviction fondée sur la neutralité confessionnelle (septième branche du premier moyen).

Selon ce grief, des restrictions à la liberté de manifester sa religion ne peuvent être créées que par la loi nationale, au sens de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. La loi nationale, au sens de cette jurisprudence, devrait respecter l'ordre juridique interne de création des normes de droit. Il en résulterait que, en droit français, la création d'un type d'entreprise de conviction fondée sur le seul principe de neutralité ne pourrait résulter que de la loi, au sens organique de cette notion.

Comme le prescrit l'article 9, paragraphe 2, de la Convention, les restrictions à la liberté de manifester sa religion ne peuvent être prévues que par la loi, au sens de ce texte.

⁸⁵§ 66 et 69.

⁸⁶§ 51.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « *les mots « prévues par la loi » signifient que la mesure incriminée doit avoir une base en droit interne, mais ils impliquent aussi la qualité de la loi : ils exigent l'accessibilité de celle-ci aux personnes concernées et une formulation assez précise pour leur permettre de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé* »⁸⁷. D'après la jurisprudence constante de la Cour, la notion de « *loi* » doit être entendue dans son acception « *matérielle* » et non « *formelle* ». En conséquence, elle y inclut l'ensemble constitué par le droit écrit, y compris des textes de rang infralégislatif, ainsi que la jurisprudence qui l'interprète⁸⁸.

Répondant à l'argument d'un requérant « *selon lequel le pouvoir législatif n'a jamais adopté une telle interdiction [de porter le voile islamique]* » ou d'un autre soutenant que « *les libertés individuelles, en particulier la liberté religieuse, ne peuvent être limitées que par des règles ayant valeur normative* », la Cour a rappelé « *qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité des techniques choisies par le législateur d'un Etat défendeur pour réglementer tel ou tel domaine* » et que « *son rôle se limite à vérifier si les méthodes adoptées et les conséquences qu'elles entraînent sont en conformité avec la Convention* »⁸⁹.

Il résulte de cette délimitation des compétences respectives du droit interne des Etats et de la Convention que les Etats définissent eux-mêmes le niveau de la norme sur laquelle la restriction est fondée, que celle-ci peut être jurisprudentielle et qu'il importe avant tout que la « *loi* » nationale présente le double caractère d'être « *accessible* » et « *prévisible* ». Ces notions semblent devoir être interprétées, ainsi que l'a fait la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire où était invoqué l'article 10, paragraphe 2, de la Convention, relatif aux limites qui peuvent être apportées, lorsqu'elles sont « *prévues par la loi* », à la liberté d'expression, en ce sens que la norme en cause soit « *énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* »⁹⁰.

⁸⁷CEDH, *Dogru c/ France*, 4 mars 2009, § 49.

⁸⁸*Ibid*, § 52.

⁸⁹CEDH, arrêt *Leyla Sahin*, préc., § 94, et arrêt *Dogru*, préc., § 54.

⁹⁰Voir, par exemple, CEDH, arrêt *Dahlab*, préc. et arrêt du 29 juin 2004, *Chauvy et autres c/ France*, n° 64915/01, § 43.

Une distinction doit sans doute être opérée selon que l'Etat attrait devant la Cour de Strasbourg est mis en cause au titre de ses obligations positives ou de ses obligations négatives⁹¹.

Lorsque les actes dénoncés sont directement imputables à l'Etat défendeur, comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Leyla Sahin, précité, où était en cause l'interdiction pour les étudiantes, dans les universités turques, de se couvrir le cou et les cheveux avec un voile ou un foulard, pour des raisons de conviction religieuse, la Cour recherche " *s'il y a eu ingérence dans le droit de la requérante garanti par l'article 9 et, dans l'affirmative, si cette ingérence était « prévue par la loi », poursuivait un but légitime et était « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 9 § 2 de la Convention* " ⁹². Le contrôle de la Cour porte sur le respect, par l'Etat en cause, de ses obligations, négatives, de ne pas porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Convention⁹³.

Lorsque, comme en l'espèce, " *les actes dénoncés ont été commis par des sociétés privées et ne sont donc pas directement imputables à l'Etat défendeur, la Cour doit examiner les questions sur le terrain de l'obligation positive incombant aux instances de l'Etat de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits énoncés à l'article 9* " ⁹⁴, la Cour de Strasbourg semble suivre une autre méthode de contrôle.

Dans l'affaire Eweida, relative au droit de l'employée d'une compagnie aérienne de porter de manière visible une croix en pendentif, en violation du code vestimentaire adopté par l'employeur, elle a recherché si, " *au vu de l'ensemble des circonstances, les instances de l'Etat ont respecté les obligations positives que leur impose l'article 9 ou, autrement dit, si le droit de Mme Eweida de manifester librement sa religion était suffisamment reconnu dans l'ordre juridique interne et si un juste équilibre a été ménagé entre ses droits et ceux d'autrui* " ⁹⁵.

Or, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté, dans cette affaire, que l'Etat en cause, le Royaume-Uni, n'avait pas adopté de texte légal réglementant expressément le port des vêtements et symboles religieux sur le lieu de travail. Elle n'a

⁹¹Voir, sur cette distinction, IV, B, 2°, a, p. 26 et 27, du présent rapport.

⁹²CEDH, arrêt Leyla Sahin, préc., § 75.

⁹³ J.-P. Costa, « *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté* », Dalloz, 2013.

⁹⁴CEDH, arrêt du 15 janvier 2013, Eweida, préc. § 84.

⁹⁵Ibid, § 91.

pas pour autant déduit de cette circonstance que l'ingérence subie par la requérante n'était pas justifiée. Selon la Cour, en effet, c'est parce que "*les questions de la légitimité du code vestimentaire et de la proportionnalité des mesures prises par British Airways à l'égard de Mme Eweida [avaient] été examinées en détail (...) que l'absence d'une protection expresse en droit interne ne signifiait pas en elle-même que le droit de la requérante de manifester sa religion par le port d'un symbole religieux au travail fût insuffisamment protégé*"⁹⁶.

La Cour de Strasbourg s'est assurée avant tout que les juridictions britanniques avaient réalisé un examen approfondi de la légitimité et de la proportionnalité de la mesure litigieuse adoptée par l'employeur⁹⁷.

Certes, l'arrêt Eweida n'oppose pas un employeur revendiquant la qualité d'entreprise de tendance à son employé. Néanmoins, le fait qu'il ait trait à un litige opposant un employeur privé, et non une autorité publique, à une salariée invoquant une atteinte à sa liberté de religion, confère à l'arrêt une portée qui permet de ne pas totalement exclure son caractère transposable, au regard de la nécessité, invoquée en l'espèce, de faire dépendre la légitimité de l'ingérence de l'employeur dans la liberté de religion de son employée de l'existence d'une loi, au sens de l'article 9 de la Convention.

Il reste que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne paraît pas interférer sur le choix qu'ont les Etats de désigner la norme en vertu de laquelle la légalité d'entreprises dont l'éthique serait fondée sur une conviction de neutralité confessionnelle pourrait être admise.

Ce constat est confirmé par les récents arrêts *Obst*, *Schüth* et *Siebenhaar*, précédemment évoqués, intervenus au sujet de litiges opposant des entreprises de tendance à leurs employés.

Dans l'arrêt *Siebenhaar*, était invoqué le droit de l'employée, éducatrice dans une garderie d'enfants tenue par une paroisse protestante, à la liberté de religion contre l'ingérence de son employeur. Celui-ci avait prononcé son licenciement en raison de sa qualité de membre d'une autre communauté religieuse et des cours d'initiation qu'elle proposait pour le compte de celle-ci.

Selon la Cour de Strasbourg, "*la question principale qui se pose en l'espèce est (...) de savoir si l'Etat était tenu, dans le cadre de ses obligations positives découlant*

⁹⁶Ibid, § 92.

⁹⁷A. Gardin, "*Convictions religieuses au travail : l'art de l'équilibre*", RJS 2014, Ed. Francis Lefebvre.

*de l'article 9, de reconnaître à la requérante le droit à sa liberté de religion contre la mesure de licenciement prononcée par l'Eglise protestante*⁹⁸.

Comme dans les deux autres arrêts, elle n'a cependant fait référence au droit national, législatif, réglementaire ou d'origine jurisprudentielle, que pour rappeler le cadre juridique applicable au litige.

Contrairement aux arrêts qui, tels les arrêts Dahlab et Leyla Sahin, précités, mettaient en cause des Etats au titre de leurs obligations négatives, la Cour de Strasbourg n'a pas vérifié que l'ingérence invoquée à la liberté religieuse était "*prévues par la loi*", au sens conféré à cette expression par sa jurisprudence constante. Alors que Mme Siebenhaar soutenait notamment que "*le licenciement qui l'a frappée n'a pas de base légale en droit allemand*"⁹⁹, la Cour a fondé son appréciation sur d'autres considérations que la constatation préalable de l'existence d'une "*loi*" nationale accessible et prévisible. Pour conclure que "*l'article 9 n'imposait pas à l'Etat allemand d'offrir à la requérante une protection supérieure*", elle s'est référée "*à la marge d'appréciation de l'Etat en l'espèce (...) et notamment au fait que les juridictions du travail devaient ménager un équilibre entre plusieurs intérêts privés*"¹⁰⁰. La Cour de Strasbourg a surtout prêté une importance particulière aux garanties juridictionnelles accordées à la requérante. Elle a en effet jugé "*qu'en mettant en place un système de juridictions du travail ainsi qu'une juridiction constitutionnelle compétente pour contrôler les décisions rendues par celles-ci, l'Allemagne a en principe respecté ses obligations positives à l'égard des justiciables dans le domaine du droit du travail, domaine où les litiges peuvent toucher les droits découlant de l'article 9 de la Convention*"¹⁰¹. Quant aux autres références au droit national applicable opérées dans le corps de son raisonnement, elles ont trait "*aux principes établis par la Cour constitutionnelle fédérale*"¹⁰², auxquels se sont référées les juridictions du travail nationales, ainsi qu'au "*contrat de travail [de la requérante] et [aux] réglementations régissant celui-ci [en vertu desquels] la requérante n'avait le droit ni d'appartenir ni de participer à une organisation dont les objectifs étaient en contradiction avec la mission de l'Eglise protestante, laquelle pouvait imposer à ses employés de s'abstenir d'activités mettant*

⁹⁸CEDH, arrêt Siebenhaar, préc., § 40.

⁹⁹Ibid., § 26.

¹⁰⁰Ibid., § 47.

¹⁰¹Ibid., § 42.

¹⁰²Ibid., § 43.

en doute leur loyauté envers elle et d'adopter une conduite professionnelle et privée conforme à ces exigences ¹⁰³.

Il résulte de ces éléments que le renvoi à la loi nationale, au sens où l'entend généralement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, peut prêter à discussion dans le contexte des obligations négatives imposées aux Etats contractants, notamment en ce qu'elles ont vocation à s'appliquer aux relations entre un employeur, entreprise de conviction, et ses employés invoquant leur liberté religieuse.

Aux conditions de la reconnaissance du droit des entreprises de conviction de recourir à des traitements discriminatoires qui peuvent être déduites de la jurisprudence européenne ou nationale s'ajoute celle, restant à définir, qui tient à la nature des convictions dont une organisation privée peut se réclamer.

c - Nature des convictions dont peut se réclamer une entreprise à vocation de neutralité confessionnelle (six premières branches du premier moyen)

Selon ces griefs, l'association Baby-Loup ne serait pas une entreprise de conviction, contrairement à ce qu'a jugé la cour d'appel de Paris, dès lors que son action, fondée sur la revendication de principes, les principes de laïcité et de neutralité, qui ne sont pas applicables aux salariés des employeurs privés qui ne gèrent pas un service public et qui ne sauraient imposer à ces salariés l'adhésion à aucune éthique philosophique, idéologique ou religieuse, ne suppose aucune adhésion militante de défense ou de promotion d'une telle éthique.

Pour qualifier les convictions dont se prévaut l'association Baby-Loup, on rappellera que l'article 9 de la Convention s'applique à l'ensemble des convictions personnelles, politiques, philosophiques, morales ou religieuses¹⁰⁴. Ainsi que M. Sudre les a décrites, "*les convictions personnelles ne sont pas de simples opinions mais des idées ayant atteint un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance : les convictions protégées sont celles qui méritent le respect [c'est à dire qu'elles ne doivent pas être incompatibles avec la dignité de la personne] et dont le contenu formel est identifiable*"¹⁰⁵.

Le débat qui divise la doctrine au sujet de la nature des convictions non-confessionnelles que peuvent revendiquer les entreprises a été alimenté par l'arrêt de Grande Chambre, Lautsi, du 18 mars 2011, dans lequel la Cour européenne des droits

¹⁰³Ibid., § 44.

¹⁰⁴F. Sudre, préc., point 201.

¹⁰⁵Ibid.

de l'homme s'est prononcée sur la compatibilité avec, notamment, les articles 2 du Protocole n° 1¹⁰⁶ et 9 de la Convention, de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques italiennes. La Cour de Strasbourg a, en effet, jugé que “ *les partisans de la laïcité sont en mesure de se prévaloir de vues atteignant le « degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » requis pour qu'il s'agisse de « convictions » au sens des articles 9 de la Convention et 2 du Protocole n° 1 (arrêt Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, du 25 février 1982, série A n° 48, § 36). Plus précisément, il faut voir là des « convictions philosophiques » au sens de la seconde phrase de l'article 2 du Protocole n° 1, dès lors qu'elles méritent « respect « dans une société démocratique » », ne sont pas incompatibles avec la dignité de la personne et ne vont pas à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction (ibidem)* ”¹⁰⁷.

Ce motif a donné lieu à des interprétations divergentes.

Dans la doctrine, il a été relevé que “ *la laïcité comme conviction à défendre a[vait] reçu l'inattendu soutien de la CEDH dans son arrêt de Grande Chambre Lautsi* ”¹⁰⁸. Il a été considéré, au contraire, que, dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg avait en réalité “ *confondu laïcité et athéisme* ”, car, dans cette affaire, “ *où une mère de famille se plaignait de l'obligation où elle se trouvait de confier ses enfants à l'école publique italienne où un crucifix figure dans les salles de classe, ce qui selon elle portait atteinte à sa liberté de conscience, seul l'athéisme était en cause* ”¹⁰⁹.

On relèvera que, avant d'énoncer le principe relatif à la laïcité dans les termes du paragraphe 58, précité, de l'arrêt Lautsi, la Cour a rappelé que les requérants soulignaient, dans des termes qui peuvent laisser supposer l'invocation d'un principe de laïcité proche de celui du droit français, que “ *tout Etat démocratique se doit de garantir la liberté de conscience, le pluralisme, une égalité de traitement des croyances, et la laïcité des institutions* ” et précisaient que “ *le principe de laïcité implique avant tout la neutralité de l'Etat, lequel doit se distancier de la sphère religieuse et adopter une attitude identique à l'égard de toutes les orientations* ”.

¹⁰⁶L'article 2 du Protocole n° 1, intitulé “ *Droit à l'instruction* ”, dispose : “ *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* ”.

¹⁰⁷CEDH, n° 30814/06, § 58.

¹⁰⁸J.-E. Ray, “ *A propos d'une rébellion (Cour d'appel de Paris, 27 novembre 2013, Baby Loup)* ”, Droit social 2014, p. 4; J. Colonna et V. Renaux-Personnic, “ *Affaire Baby-Loup : la cour d'appel de Paris s'oppose à la Cour de cassation* ”, Gazette du Palais, 7 janvier 2014, n° 7, p. 22; F. Canut, “ *Affaire Baby-Loup: bientôt l'Assemblée plénière !* ”, RLDA, février 2014, n° 90.

¹⁰⁹J.-G. Huglo, “ *Le juge ne tranche pas les questions de société* ”, Semaine sociale Lamy, n° 1577.

religieuses ” et que, “ *autrement dit, la neutralité oblige l'Etat à mettre en place un espace neutre, dans le cadre duquel chacun peut librement vivre ses convictions* ”¹¹⁰. Elle a ajouté que “ *l'approche que défendent les requérants se distinguerait donc clairement de l'athéisme d'Etat, qui revient à nier la liberté de religion en imposant autoritairement une vision laïque* ” et que, selon eux, “ *vue en termes d'impartialité et de neutralité de l'Etat, la laïcité est à l'inverse un instrument permettant d'affirmer la liberté de conscience religieuse et philosophique de tous* ”¹¹¹.

La Cour a ensuite précisé, au titre des principes généraux à la lumière desquels elle a apprécié les faits de la cause, qu’ “ *il convient de rappeler que les Etats ont pour mission de garantir, en restant neutres et impartiaux, l'exercice des diverses religions, cultes et croyances* ”¹¹².

Indépendamment de la reconnaissance, par la Cour européenne des droits de l'homme, de la laïcité comme conviction, au sens des articles 2 du Protocole n° 1 et 9 de la Convention, à l'occasion d'un litige qui n'impliquait pas d'entreprise revendiquant une conviction “ *laïque* ” ni même d'une autre nature¹¹³, les opinions divergent quant à la question de savoir si une entreprise privée, ou, pour reprendre la terminologie de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78, une organisation privée, peut se prévaloir d'une éthique fondée sur une conviction “ *laïque* ” ou de simple neutralité pour imposer à ses employés une interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion.

- Les opinions favorables à la reconnaissance d'une conviction “ *laïque* ” ou de neutralité confessionnelle

La doctrine reconnaît dans François Gaudu celui qui a porté l'idée d'une “ *entreprise de tendance laïque* ”¹¹⁴ et à qui l'on prête même d'avoir “ *directement*

¹¹⁰Arrêt Lautsi, préc., § 43.

¹¹¹Ibid, § 44.

¹¹²Ibid. § 60. A titre de comparaison, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 23 février 2013, définit ainsi le principe de laïcité, au sens du droit français : “ *le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ; qu'il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte* ” (considérant 5).

¹¹³J. Mouly, article “ *L'affaire Baby-Loup devant la cour de renvoi: la revanche de la laïcité ?* ”, préc.

¹¹⁴F. Gaudu, “ *L'entreprise de tendance laïque* ”, Droit social 2011, p. 1186.

inspiré l'arrêt de la cour d'appel de Paris ¹¹⁵. Selon François Gaudu, “ *l'entreprise de tendance peut être d'orientation laïque* ”, même si “ *les sujétions particulières liées à l'orientation de l'entreprise doivent être commandées par la nature objective de l'activité* ”. Il ajoute qu’ “ *absolument rien ne semble interdire que l'on donne une orientation laïque à des structures de droit privé autres que les partis et les syndicats : associations complémentaires de l'école publique, clubs sportifs scolaires, et très vraisemblablement associations périscolaires, notamment* ” ¹¹⁶. Appliquant ce principe à ce dernier type d'association, François Gaudu affirme que “ *la finalité spécifique des institutions à finalité éducative les autorise, en principe, à adopter une règle de neutralité confessionnelle* ” ¹¹⁷. Rappelant qu’ “ *il existe des institutions religieuses, mais, surtout, [que] les individus et les organisations (sociétés, associations ...) à partir du moment où ils respectent les lois en vigueur, ont le droit de se montrer parfaitement indifférents à la question de la laïcité* ”, François Gaudu explique que “ *c'est donc un choix idéologique de s'y référer, tout autant que celui d'une orientation politique, religieuse ou syndicale* ” ¹¹⁸. Il conclut en soulignant que si “ *l'établissement d'enseignement confessionnel peut imposer aux libertés de ses salariés de sérieuses restrictions, l'établissement éducatif laïc est également porteur de valeurs, et il est ainsi logique qu'à ce titre, il puisse requérir de ses salariés le respect de sa neutralité* ” ¹¹⁹.

Selon Mme Calvès, “ *une crèche confessionnelle [étant] (...), sans aucun doute, une entreprise de tendance (...) pourquoi en irait-il différemment d'une crèche gérée par une association dont les statuts affirment qu'elle se fixe pour objectif, notamment, de défendre et illustrer la laïcité ? Non pas la laïcité entendue comme principe juridique, mais la laïcité conçue comme une philosophie du silence sur le religieux, ou de maintien du religieux hors de la sphère de la vie en commun* ”. Elle ajoute que “ *l'idée d'une association de “ tendance laïque ” n'a rien de choquant, sauf si l'on réduit la laïcité à sa dimension juridico-politique* ” ¹²⁰.

¹¹⁵J.-E. Ray, article préc. La même filiation a été prêtée à l'arrêt de la cour d'appel de Versailles et à l'avis de M. Aldigé devant la chambre sociale (J. Colonna et V. Renaux-Personnic, article “ *Réflexions sur les arrêts récents de la chambre sociale de la Cour de cassation relatifs au port du voile islamique dans les entreprises* ”, préc.).

¹¹⁶F. Gaudu, “ *La religion dans l'entreprise* ”, Droit social, 2010, p. 65.

¹¹⁷F. Gaudu, article “ *L'entreprise de tendance laïque* ”, préc.

¹¹⁸Ibid.

¹¹⁹Ibid. Voir aussi, dans le même sens, D. Corrigan-Carsin, “ *Entre laïcité et liberté religieuse, l'art difficile du compromis* ”, La Semaine juridique, Edition générale n° 19, 6 mai 2013, p. 542.

¹²⁰G. Calvès, “ *La chambre sociale de la Cour de cassation face à l'affaire Baby-Loup : trois leçons de droit, et un silence assourdissant* ”, www.gaucherepublicaine.org, 21 mars 2013. Mme Calvès semble avoir nuancé son opinion lorsqu'elle affirme, ultérieurement, que “ *l'idée selon laquelle le « retour du religieux », sous la forme exubérante et revendicative qu'il revêt aujourd'hui, menace le lien social, nuit* ”.

Il a aussi été fait référence à la notion d' " *entreprise de tendance inversée* ". Mme Brice-Delajoux rappelle que " *les entreprises de tendance sont fondées sur la défense ou la promotion d'une doctrine ou d'une éthique qui va fonder l'employeur à opérer ce que le droit considère normalement comme une discrimination* " et que " *l'objectif est donc de permettre de donner corps à leur positionnement particulier, lequel est déterminant dans leur existence même ou leur identité* ", avant de suggérer : " *cette logique ne pouvait-elle pas être transposée pour la crèche Baby-Loup mais de façon inversée, c'est-à-dire non pour garantir un positionnement religieux ou politique donné mais pour imposer les principes de neutralité et de laïcité considérés en l'espèce comme inhérents au projet de l'association* " ¹²¹.

Selon M. Colonna et Mme Renaux-Personnic, " *la notion d'entreprise de tendance semble (...) a priori suffisamment large pour accueillir la crèche Baby-Loup, structure associative fondant son action sur une éthique de laïcité et de neutralité* " ¹²².

M. Mbongo définit les entreprises de " *tendance laïque* " comme étant " *celles qui professant une distance, voire une hostilité au fait religieux, peuvent vouloir prolonger cette philosophie dans leur propre organisation* ". Encore faut-il, poursuit M. Mbongo, " *que ce caractère d'entreprise de tendance (religieuse ou laïque) ressorte explicitement ou implicitement des statuts de la personne morale, à travers des stipulations intéressant les sociétaires (adhérents), les dirigeants, et/ou les employés* " ¹²³.

Se situant dans la même ligne que ces auteurs, le procureur général de Paris a repris la notion d'entreprises de tendance " *laïque* ", définies comme étant " *celles qui professent une distance, voire une indifférence revendiquée au fait religieux (c'est le cas de certaines organisations maçonniques, de certains clubs de réflexion ...)* ".

au libre développement des enfants ou compromet l'intégration économique des femmes, atteint sans aucun doute le « degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance » qui est requis pour mériter la protection de l'article 9 Conv. EDH. Mais la gestion d'un service d'accueil de la petite enfance organisé autour d'un principe de « silence sur le religieux » découle-t-elle nécessairement de cette idée ? Doit-on (peut-on ?) exiger qu'elle en découle ?", article " *Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby-Loup, quelle lecture européenne du problème ?* ", préc.

¹²¹C. Brice-Delajoux, " *La laïcité et l'accueil de la petite enfance dans les structures de droit privé (à propos de l'arrêt rendu en appel dans l'affaire de la crèche Baby-Loup)* ", Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1^{er} novembre 2012, n° 6, p. 1585.

¹²²J. Colonna et V. Renaux-Personnic, article " *Réflexions sur les arrêts récents de la chambre sociale de la Cour de cassation relatifs au port du voile islamique dans les entreprises* ", préc. Voir aussi article " *Affaire Baby-Loup : la cour d'appel de Paris s'oppose à la Cour de cassation* ", préc.

¹²³P. Mbongo, " *Institutions privées, « entreprises de tendance » et droit au respect des croyances religieuses* ", Semaine juridique, Edition générale, n° 26, 24 juin 2013, oct. 750.

Précisant que ce qualificatif... devait être compris “ *au sens d’indifférence active à l’égard des religions et non au sens d’obligation constitutionnelle de neutralité pesant sur le seul Etat* ” et l’appliquant à l’association Baby-Loup, M. Falletti a conclu que “ *l’interdiction du port du voile islamique faite à ses salariés par l’association Baby-Loup [était] justifiée par la nature de son activité et du public pris en charge* ”.

Avant lui, l’avocat général M. Aldigé s’était référé à la notion d’entreprise d’orientation “ *laïque* ” sur le fondement des considérations suivantes : “ *la laïcité ne se résume pas à la neutralité de l’Etat ni à la tolérance, indissociable de la liberté de conscience et de la liberté religieuse, elle doit permettre la diversité religieuse de la société, son corollaire qui est la neutralité à l’égard de toutes les opinions ou croyances doit permettre la cohabitation des différentes sensibilités religieuses. En l’espèce, il ressort de ces principes et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme que l’association “ Baby-Loup ” dont les statuts énoncent qu’elle “ a pour but de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d’œuvrer pour l’insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier, qu’elle s’efforce de répondre à l’ensemble des besoins collectifs émanant des familles, avec comme objectif la revalorisation de la vie locale, sur le plan professionnel, social et culturel sans distinction d’opinion politique ou confessionnelle ”, a pu placer lesdits statuts sous le signe de la laïcité et de la neutralité du personnel qu’implique ce principe et qu’elle peut être qualifiée d’entreprise de tendance* ”¹²⁴.

Après s’être demandé pourquoi l’on ne pourrait pas “ *protéger les athées et les agnostiques des manifestations de l’appartenance à une religion pouvant les offenser par le biais de la tendance « laïque » ?* ”, Mme Gomes et MM. Orgerit et Ufarte avancent la réponse suivante : “ *si conceptuellement, l’idée est séduisante, elle peut s’avérer fort dangereuse. Quelles que soient les raisons pour lesquelles une entreprise souhaiterait exclure de son espace le fait religieux (paix sociale, image de marque...) la simple volonté de ne pas heurter les incroyants ne saurait être une raison suffisante. Cela conduirait en effet à conférer un blanc-seing aux employeurs pour priver leurs salariés de leurs droits à exprimer leurs convictions religieuses* ”. Et de considérer, en se plaçant sur le plan de l’entreprise, au sens large, que “ *l’entreprise de tendance laïque comme prolongement de la liberté des incroyants semble donc une notion que le droit ne saurait admettre*”. Admettant, ensuite, l’éventualité d’entreprises aux convictions plus spécifiques, Mme Gomes et MM. Orgerit et Ufarte considèrent que “ *ceci n’est pas exclusif de l’existence d’entreprise dont la construction et les actions spécifiques font appel à une philosophie spécifique, une « philosophie laïque »* ». Ici, la notion de laïcité dépasse le simple principe d’organisation de l’Etat. Que l’on soit en faveur ou non de ce glissement conceptuel, en quoi cette orientation là serait moins recevable à revendiquer sa tendance que les autres ? Pourquoi une crèche confessionnelle peut-elle se prévaloir d’une qualification d’entreprise de tendance et

¹²⁴B. Aldigé, avis préc., p. 22.

pas une crèche pour laquelle la laïcité est à la fois tant un objectif et qu'un moyen de réaliser ses autres buts ?"¹²⁵.

Commentant l'arrêt attaqué, Mme Canut a défendu l'idée selon laquelle *"le concept d'entreprise de conviction pourrait se prévaloir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour qui la laïcité, en tant que conviction philosophique, peut être protégée au même titre que la liberté religieuse"*, ajoutant que *"l'ignorer comme l'a fait la chambre sociale abouti à un résultat contestable : " les militants laïcs - dans toute leur diversité - sont aujourd'hui moins bien protégés par le droit, et donc moins libres, que les militants de la cause de Dieu "* (Calvès G., *la chambre sociale de la Cour de cassation face à l'affaire Baby-Loup: trois leçons de droit, et un silence assourdissant ...*)¹²⁶.

L'idée d'une reconnaissance de l'existence d'entreprises de tendance *"laïque"*, qu'il s'agisse des entreprises, au sens large, ou des établissements préscolaires ou scolaires, n'est néanmoins pas partagée par tous.

- Les opinions opposées à la reconnaissance d'une conviction *"laïque"* ou de neutralité confessionnelle

M. Dockès affirme que *"contrairement à l'athéisme, la neutralité n'est pas une tendance, mais une absence de tendance"*. Selon lui, *"une crèche privée confessionnelle, comme il en existe, ou clairement athée, pourrait exiger de son personnel une certaine compatibilité vestimentaire avec son engagement"*¹²⁷.

M. Mouly, qui avait considéré que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78 ne constituait peut-être pas *"un instrument insurmontable à l'application de la notion d'entreprise de tendance alors que celle-ci a[vait] été reconnue par la CEDH dans plusieurs de ses arrêts, sans que [la] condition d'intervention du législateur soit requise"*, ajoute que *"quoi qu'il en soit, on ne regrettera pas trop, sur ce point, la position de la Cour de cassation [dans son arrêt du 19 mars 2013] puisque la consécration des entreprises de tendance laïque aurait inévitablement conduit à faire de la laïcité une doctrine comme une autre, susceptible d'être mise en concurrence et traitée sur un pied d'égalité avec les autres systèmes de croyance, au lieu qu'elle ne*

¹²⁵B. Gomes, X. Orgerit et T. Ufarte, *"La liberté d'expression religieuse au travail à l'épreuve des soubresauts du principe de laïcité"*, dans Lettre "Actualités Droits-Libertés" du CREDOF, 1^{er} mai 2013.

¹²⁶F. Canut, article préc.

¹²⁷E. Dockès, *"Liberté, laïcité, Baby-Loup : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation à la xénophobie montante"*, Droit social 2013, p. 388.

soit un corps de règles s'imposant à tous et participant de l'identité constitutionnelle de la France ¹²⁸.

Selon la Commission consultative des Droits de l'homme, *"l'entreprise de tendance laïque comme prolongement de la liberté des non-croyants est une notion que le droit ne saurait admettre. D'une part, la laïcité est un principe constitutionnel d'organisation de l'Etat, et ne peut être considérée comme une « tendance ». Si l'on fait de la laïcité une tendance, alors on la dévalue, en la réduisant à un choix, elle n'est plus le principe constitutionnel partagé par tous. D'autre part, quelles que soient les raisons pour lesquelles une entreprise souhaiterait exclure de son espace le fait religieux (paix sociale, image de marque...) la simple volonté de ne pas heurter les non-croyants ne saurait être une raison suffisante. Cela conduirait en effet à conférer un blanc-seing aux employeurs pour priver leurs salariés de leurs droits à exprimer leurs convictions religieuses* ¹²⁹.

Pour Mme Brice-Delajoux, *"il faut admettre qu'accepter en l'espèce qu'une crèche récuse tout signe religieux par principe, au motif qu'idéologiquement, elle défend la laïcité, ouvrirait la possibilité pour toute structure de travail de droit privé de contourner l'article L. 1121-1 du code du travail. La voie était donc difficile à défendre* ¹³⁰.

M. Bossu estime que le raisonnement de la cour d'appel de Paris selon lequel l'association Baby-Loup peut *"imposer à son personnel un principe de neutralité pour transcender le multiculturalisme des personnes auxquelles elle s'adresse", "semble difficilement admissible car très souvent une entreprise s'adresse à un public très large, peu importe les opinions politiques ou religieuses de sa clientèle. Pour autant, faut-il en déduire que les salariés ne peuvent plus manifester leur conviction et leur croyance et interdire en conséquence tous les signes d'appartenance religieuse ? Il est difficile de répondre positivement à l'interrogation car la liberté religieuse implique le droit de manifester publiquement ses convictions. Et la liberté étant inhérente à la condition d'homme, le salarié ne renonce pas à ses droits fondamentaux lorsqu'il pénètre dans l'entreprise* ¹³¹.

¹²⁸J. Mouly, article " *La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise : le raidissement de la Cour de cassation* ", préc.

¹²⁹CNCDH, " *Avis sur la laïcité* ", 26 septembre 2013.

¹³⁰C. Brice-Delajoux, " *Epilogue dans l'affaire de la crèche Baby-Loup : la Cour de cassation tranche en faveur de la liberté religieuse* ", Droit administrY... n° 5, mai 2013, comm. 34.

¹³¹B. Bossu, " *Affaire Baby-Loup : le retour à la case départ* ", La Semaine juridique Entreprise et Affaires n° 51, 19 décembre 2013, 1710.

M. Antonmattei juge qu'est " *habile (...) le recours [par la cour d'appel de Paris] à l'expression " entreprise de conviction " moins propice semble-t-il à la critique qu'" entreprise de tendance laïque " (...) condamnée par notre conception de la laïcité "*. Il estime que " *cette voie est pourtant risquée. Outre que le fondement européen sera discuté, on perçoit mal les circonstances permettant l'accès à cette qualification même si, en l'espèce, une justification est proposée. Inutile d'ouvrir ainsi une boîte de Pandore même pour empêcher le port de signe religieux dans le secteur de la petite enfance* " ¹³².

M. Akandji-Kombé considère que, dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Paris, en ce qu'elle se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour justifier la reconnaissance au profit de l'association de la qualité d'" *entreprise de conviction*", " *fait dire à la jurisprudence de Strasbourg plus que les juges européens, volontairement en retrait sur ce terrain et partisans d'une large marge d'appréciation en matière de laïcité, n'ont entendu affirmer "*. Il précise à cet égard que " *des solutions sont certes acquises au plan européen, mais elles n'ont qu'un rapport indirect avec l'hypothèse Baby-Loup. Ainsi de celle approuvant l'interdiction, au nom de la laïcité et de la protection de l'enfance, du port du voile par un agent de l'enseignement public (jurisprudence Lautsi* ¹³³). *Ainsi encore de celle qui autorise l'employeur privé " de tendance " à restreindre la liberté d'expression religieuse de ses salariés, solution fondée non pas sur la protection d'une exigence sociale commune - ce qu'est en principe la laïcité -, mais plutôt sur le caractère propre de l'entreprise considérée (jurisprudence Obst et Schüth). La première solution ne serait pleinement applicable en l'espèce que si l'activité de la crèche Baby-Loup pouvait être considérée comme un service public et la seconde, à la condition de considérer la neutralité exigée par le principe de laïcité comme " conviction de certains et non plus valeur commune ", selon l'excellente formule d'un auteur (J.-E. Ray)* " ¹³⁴.

M. Ray, précisément, a fait observer que, " *si le résultat final doit être selon nous approuvé, le raisonnement de la cour de Paris paraît paradoxal : utiliser la laïcité-neutralité de la III République pour reprendre finalement le "caractère propre" d'institutions d'enseignement confessionnel ... La neutralité, conviction de certains et non plus valeur commune ?* " ¹³⁵.

Enfin, M. Mouly se dit " *surpris de lire sous la plume de la cour [d'appel de Paris] que la crèche constitue une entreprise de tendance pouvant imposer à son personnel*

¹³²P.-H. Antonmattéi, " *Le port de signes religieux dans l'entreprise : au-delà de Baby-Loup* ", Semaine sociale Lamy, 23 décembre 2013, n° 1611.

¹³³Il convient sans doute de lire " *Dahlab* ".

¹³⁴J.-F. Akandji-Kombé, article préc.

¹³⁵J.-E. Ray, article préc.

une obligation de ... neutralité”, estimant que “ *telle n’est pas, en effet, la fonction habituelle d’une entreprise de tendance qui, au contraire, exige de son personnel un engagement fort et de tous les instants au service d’une cause* ” et que la neutralité “ *ne suppose, en effet, aucun engagement ou dévouement au service de convictions [mais] exige, à l’inverse, une certaine retenue de la part de ceux qui y sont soumis en sorte que toutes les opinions, même contraires, puissent cohabiter* ”, la laïcité n’étant “ *pas une idéologie, une fin en soi* ”¹³⁶.

M. Mouly ajoute que “ *le concept d’entreprise de tendance a été imaginé pour permettre à l’employeur d’imposer à ses salariés des obligations particulières de loyauté, y compris dans leur vie privée. C’est, en effet, la crédibilité de l’entreprise qui est ici en jeu. Le salarié doit donc mettre ses actes, y compris dans sa vie personnelle, en conformité avec l’idéologie de l’entreprise. Or, il n’a jamais été question, dans l’affaire Baby-Loup, d’empêcher les salariées de porter le voile islamique dans leur vie personnelle* ”¹³⁷. Selon M. Mouly, “ *la notion d’entreprise de tendance laïque pourrait d’ailleurs à l’usage se révéler dangereuse pour les libertés car, postulant la neutralité, elle serait susceptible de constituer un moyen détourné d’étendre la laïcité en dehors du domaine qui est le sien : celui des services publics (...)* En réalité, la question est ici de savoir si l’existence d’une entreprise de tendance peut dépendre de la simple volonté de l’employeur ou si elle résulte de la nature même de son activité ”¹³⁸.

M. Dreyfus fait valoir que “ *l’entreprise de tendance requiert une adhésion du salarié à une idéologie, à une morale ou encore à une politique, ce qui est le contraire de la neutralité* ”¹³⁹.

L’assemblée plénière devra décider, à la lumière de ces éléments, caractérisés par la richesse et la diversité des réflexions qu’ils expriment, si le droit applicable en la cause permet de qualifier l’association Baby-Loup d’entreprise de conviction, eu égard aux principes de laïcité et de neutralité dont celle-ci se réclamait.

Elle pourrait aussi être amenée à se prononcer sur le sens et la portée de l’article 14 de la Convention internationale des droits de l’enfant, du 20 novembre 1989 (CIDE), sur lequel s’est fondé l’arrêt attaqué pour caractériser les missions accomplies par l’association Baby-Loup, en sa qualité d’entreprise de conviction.

¹³⁶J. Mouly, article “ *L’affaire Baby-Loup devant la cour de renvoi : la revanche de la laïcité ?* ”, préc.

¹³⁷Ibid.

¹³⁸Ibid.

¹³⁹J.D. Dreyfus, “ *La neutralité religieuse peut être imposée au personnel d’une crèche associative, entreprise de conviction* ”, AJ Collectivités territoriales, 2014, p. 63.

- Sens et portée de l'article 14 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (troisième branche du premier moyen)

Evoquant les missions d'intérêt général exercées par l'association Baby-Loup, la cour d'appel de Paris a jugé que *“ ces missions peuvent être accomplies par une entreprise soucieuse d'imposer à son personnel un principe de neutralité pour transcender le multiculturalisme des personnes auxquelles elle s'adresse ”* et que, *“ en ce sens, l'association Baby-Loup peut être qualifiée d'entreprise de conviction ”*¹⁴⁰.

Pour parvenir à cette conclusion, la cour d'appel s'est référée notamment à *“ la nécessité, imposée par l'article 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, de protéger la liberté de pensée, de conscience et de religion à construire pour chaque enfant ”*, au regard de laquelle les missions d'intérêt général en cause peuvent être accomplies par une entreprise de conviction imposant à son personnel un *“ principe de neutralité ”*.

Ces motifs sont critiqués par la troisième branche du premier moyen, laquelle conteste l'applicabilité directe de l'article 14, ainsi que l'obligation, que ce texte mettrait à la charge de toute entreprise accueillant de jeunes enfants, d'imposer à son personnel une obligation de laïcité ou de neutralité.

Aux termes de l'article 14 :

“ 1. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui ”.

Dans son arrêt du 3 juillet 1996, le Conseil d'Etat a jugé que les stipulations de l'article 14-1 de la CIDE *“ créent seulement des obligations entre Etats sans ouvrir de droits aux intéressés ”*¹⁴¹, de sorte qu'un particulier ne peut s'en prévaloir.

¹⁴⁰Arrêt attaqué, p. 3.

¹⁴¹CE, 3 juillet 1996, n° 140872.

La solution est conforme aux conclusions du commissaire du gouvernement Mme Maugüe, qui relevait que la rédaction de ce texte “ *exprim[ait] davantage l'établissement d'engagements entre les Etats que la reconnaissance de droits au bénéfice direct des particuliers* ”.

La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la portée de ce texte.

Depuis un arrêt du 10 mars 1993, elle déniait à l'ensemble des dispositions de la CIDE toute application directe devant les juridictions de l'ordre judiciaire, estimant que la CIDE ne créait d'obligations qu'à la charge des Etats parties¹⁴². La même année, la Cour de cassation a complété sa motivation de l'absence d'applicabilité directe de la CIDE en précisant que celle-ci résultait de son article 4¹⁴³. Cette position a connu un revirement lorsque, en 2005, par trois arrêts, la Cour de cassation a reconnu l'applicabilité directe de certains articles de la CIDE¹⁴⁴, suivant ainsi la méthode du Conseil d'Etat consistant à se déterminer, sur ce point, article par article.

Cette méthode procède de la constatation selon laquelle la CIDE “ *comporte comme la plupart des textes de même nature des dispositions qui créent des obligations pour les gouvernements et parlements des Etats signataires et d'autres qui ne prennent tout leur sens qu'entre les personnes privées. Celles-ci sont dites self-executing parce qu'elles se passent d'adaptation législative ou réglementaire de*

¹⁴²Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1993, Bull. I, n° 103. Selon cet arrêt, « *les dispositions de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette convention, qui ne crée d'obligations qu'à la charge des Etats parties, n'étant pas directement applicable en droit interne* ».

¹⁴³Cass. Civ. 1^{ère}, 15 juillet 1993, Bull. I, n° 259. Aux termes de l'article 4 de la CIDE, “ *Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en oeuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale* ”. Dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 avril 1997, GISTI, le commissaire du gouvernement, M. Abraham exprimant son désaccord avec la solution retenue par la Cour de cassation en 1993, expliquait que “ *l'article 4 de la [CIDE] ne fait, selon nous, qu'énoncer une évidence: il appartient aux Etats qui rY...ient un traité dont l'objet est de garantir des droits au bénéfice des particuliers d'adopter toutes dispositions normatives de droit interne nécessaires pour assurer l'exercice effectif de ces droits. Il n'en résulte pas pour autant qu'aucune stipulation du traité n'est susceptible d'une application immédiate, et cela ne dispense donc pas le juge de procéder à une analyse de chaque stipulation particulière invoquée devant lui afin de rechercher si elle pose une règle suffisamment précise et inconditionnelle pour être susceptible de produire un effet direct. L'article 4 signifie simplement que, en tant que de besoin, les Etats parties devront mettre leur législation en accord avec les engagements qu'ils ont souscrits, il n'a pas, selon nous, d'autre portée que celle-là* ”, R. Abraham, “ *La notion d'effet direct des traités internationaux devant le Conseil d'Etat* ”, Recueil Dalloz 1998, p. 15.

¹⁴⁴Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, Bull. I, n° 211; 18 mai 2005, Bull. I, n° 212; 14 juin 2005, Bull. I, n° 245.

droit national et s'offrent finalement aux juges pour résoudre les litiges des particuliers entre eux ou avec l'administration ¹⁴⁵.

La doctrine s'interroge sur la méthode à mettre en oeuvre pour déterminer le caractère d'effet direct qui peut être reconnu aux conventions internationales adoptées en matière de droits fondamentaux.

Selon M. Bureau, *« la difficulté provient sans doute du fait qu'il « n'existe pas de critères simples permettant de déterminer, à coup sûr, si une convention internationale, ou certaines de ses dispositions, produisent des effets directs dans l'ordre juridique français » (J-F. Lachaume, Rep. internat., v° Droit international et juridiction judiciaire, n° 87)* ¹⁴⁶.

M. Chabert décrit la méthode dite de la *« théorie de l'applicabilité directe »* : *« cette théorie d'origine prétorienne trouve sa source dans la jurisprudence internationaliste (T. Buergenthal, Self-executing and non self-executing treaties in national and international law : RCADI 1992, t. IV, vol. 235, p. 303) et n'a été reprise en droit communautaire qu'au prix d'une transformation de ses critères d'application, donnant naissance à une version autonome dite de « l'effet direct » (L. Dubouis, Répertoire de droit international, t. I, 1998, Vis Droit international et jurisprudence administrative, spéc. n° 25)* ¹⁴⁷. Elle serait fondée sur la vérification de deux critères : *« l'un est dit subjectif, en ce qu'il invite à chercher la volonté des auteurs pour décider si la convention crée directement des droits pour les particuliers. L'autre est dit objectif, en ce qu'il appelle à examiner la rédaction de chaque norme, pour vérifier leur complétude, leur précision et leur clarté »*. En droit international général, c'est le critère subjectif qui prédominerait, celui-ci étant complété, en droit de l'Union, par le critère objectif ¹⁴⁸.

Mme Neirinck rappelle que *« pour que les dispositions d'un traité soient directement applicables, deux conditions doivent être remplies. D'une part, le traité doit être introduit dans l'ordre interne de l'Etat partie, condition à laquelle satisfait incontestablement la CIDE ; d'autre part, il faut que les Etats parties aient voulu faire*

¹⁴⁵T. Fossier, *« Les dispositions de la convention de New York relative aux droits de l'enfant peuvent être d'application directe en droit interne »*, Dalloz, AJ Famille 2005, p. 274.

¹⁴⁶D. Bureau, *« De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant »*, Revue critique de droit international privé 2005 p. 679.

¹⁴⁷C. Chabert, *« Acceptation judiciaire de l'applicabilité directe de la Convention de New York »*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 36, 7 Septembre 2005, II 10115.

¹⁴⁸Ibid. Voir, également, sur la combinaison, considérée comme erronée en droit international, des deux critères, C. Neirinck, *« L'application de la Convention internationale de l'enfant à la découpe : à propos d'un revirement de jurisprudence »*, RDSS 2005, p. 814.

naître des droits au profit de leurs ressortissants ”¹⁴⁹. Elle ajoute que “*ce critère subjectif est généralement considéré comme rempli s'agissant de traités relatifs aux droits de l'homme* ”¹⁵⁰.

M. Bureau estime pourtant, “*au sujet de la Convention de New York, [que] toute recherche visant à découvrir extrinsèquement la volonté de l'État français de reconnaître à l'enfant des droits directement applicables paraît assez délicate* ”¹⁵¹.

L'interprétation de la CIDE est, en tout cas, réalisée par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat en application du critère objectif.

La doctrine s'interroge sur ceux de ses articles qui pourraient donner lieu à une constatation de leur applicabilité directe.

Le mémoire ampliatif cite M. Fossier, selon lequel “*certaines articles de la convention sont si généraux que leur applicabilité directe est simplement impossible (art. 2-2, « Les Etats prennent toutes les mesures appropriées... » ; art. 3-3, « Les Etats veillent à ce que ... » ; art. 4, « Les Etats s'engagent à prendre toutes les mesures ... » ; art. 18-1, « Les Etats s'emploient de leur mieux à assurer ... »)* ”¹⁵². La suite de l'article en nuance cependant le début : “*d'autres articles créent au contraire des droits subjectifs dont il est désormais vain de refuser l'application directe en droit interne et qui nécessitent seulement une oeuvre d'interprétation doctrinale et jurisprudentielle classique* ”, l'article 14 étant cité comme relevant de cette dernière catégorie.

Parmi les autres classifications proposées, celle d'un groupe d'auteurs distingue les dispositions dont l'effet direct ne fait pas de doute. Il s'agit “*des articles ou des alinéas qui ne s'adressent pas aux États mais ont comme sujet l'enfant. Le texte vise expressément un droit comme par exemple l'article 7-1 « l'enfant a droit à un nom » ou bien il utilise une formule impérative qui a la même signification : « dans toute décision [...] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »* “. Les

¹⁴⁹C. Neirinck, article “*L'application de la Convention internationale de l'enfant à la découpe : à propos d'un revirement de jurisprudence*”, préc.

¹⁵⁰Ibid.

¹⁵¹D. Bureau, article préc.

¹⁵²Mémoire ampliatif, page 18. T. Fossier, article préc.

auteurs ajoutent que “ ces dispositions sont suffisamment précises pour être directement appliquées ”¹⁵³.

Selon ces auteurs, “la deuxième catégorie rassemble les dispositions dont l'effet direct est sans aucun doute exclu. Il s'agit des dispositions qui s'adressent aux États pour leur enjoindre de prendre des mesures pour atteindre tel ou tel objectif. L'imprécision de ces dispositions va le plus souvent dans le sens d'une exclusion de leur effet direct”. Ce sont celles “ qui enjoignent aux États de prendre des mesures pour assurer l'effectivité de ce droit ”.

Enfin, la troisième catégorie “rassemble toutes les dispositions pour lesquelles il conviendrait de reconnaître qu'ils sont d'applicabilité directe même si celle-ci relève moins de l'évidence. Il en va ainsi de tous les articles ou alinéas qui s'adressent aux États mais visent expressément un droit de l'enfant (...). La formule employée peut varier mais utilise généralement l'expression « les États reconnaissent le droit » ou « les États garantissent le droit » ou encore « les États s'engagent à respecter le droit » (...). Leur applicabilité directe dépend toutefois de leur degré de précision, lui-même sujet à interprétation”. L'article 14 est au nombre des articles cités comme relevant de cette dernière catégorie.

L'assemblée plénière pourrait devoir ainsi examiner la question de l'applicabilité directe de l'article 14 de la CIDE et se déterminer en recourant à la méthode d'interprétation déjà mise en oeuvre ou, comme l'y invite l'association Baby-Loup, en saisissant l'occasion qui lui est donnée “d'assouplir la méthode du tri opéré par la jurisprudence ”¹⁵⁴.

Si elle devait se prononcer en faveur de l'applicabilité directe de l'article 14, elle serait amenée à interpréter les règles énoncées par ce texte afin de déterminer si le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion, ainsi que le droit et le devoir des parents de guider leur enfant dans l'exercice de ce droit d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, peuvent justifier le choix opéré par l'association Baby-Loup de fixer à l'égard de son personnel une obligation de neutralité confessionnelle.

L'éventuelle constatation de valeurs justifiant l'attribution à l'association Baby-Loup de la qualité d'entreprise de conviction serait de nature à lui conférer le droit de recourir à des différences de traitement fondées sur sa vocation de neutralité confessionnelle et, partant, à des restrictions à la liberté religieuse.

¹⁵³A. Gouttenoire, M. Martinez, C. Gris, B. Maumont, P. Murat, “ *La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après. Commentaire article par article* ”, Droit de la famille n° 11, novembre 2009, dossier 13.

¹⁵⁴Mémoire en défense, point VI-1.1, p. 24.

d - Justifications des différences de traitement et des restrictions et mise en balance des droits en cause (première branche du deuxième moyen)

L'appartenance à une entreprise de conviction impose au salarié un devoir de loyauté spécifique et justifie, à son égard, des différences de traitement au regard de la religion et des convictions qui peuvent être autant de restrictions aux libertés, y compris fondamentales, telles que la liberté religieuse, qui lui sont reconnues.

Ces différences de traitement et restrictions ne semblent toutefois pas sans limite et la liberté de l'employeur d'y recourir ne paraît pas absolue.

Les différences de traitement sont, en effet, soumises à conditions. Il résulte des termes de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78 que, lorsque la condition qu'il énonce de l'adoption préalable d'une législation nationale est satisfaite, une différence de traitement fondée sur la religion ou sur les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination seulement si, par la nature des activités de l'organisation ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions de l'organisation constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation.

La Cour européenne des droits de l'homme a aussi jugé, s'agissant des restrictions, que "*si, au regard de la Convention, un employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou sur une croyance philosophique peut certes imposer à ses employés des obligations de loyauté spécifiques, une décision de licenciement fondée sur un manquement à une telle obligation ne peut pas être soumise, au nom du droit d'autonomie de l'employeur, uniquement à un contrôle judiciaire restreint, effectué par le juge du travail étatique compétent, sans que soit prise en compte la nature du poste de l'intéressé et sans qu'il soit procédé à une mise en balance effective des intérêts en jeu à l'aune du principe de proportionnalité*"¹⁵⁵.

Ce régime de justifications des restrictions aux libertés fondamentales a été énoncé au sujet d'un employeur dont l'éthique était fondée sur la religion et qui avait fondé le licenciement de l'un de ses employés sur un comportement dont il était soutenu qu'il mettait en cause le droit au respect de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention.

La Cour de Strasbourg n'ayant pas eu à connaître d'un litige mettant en cause une entreprise dont l'éthique serait fondée sur la neutralité à l'égard du fait religieux, l'assemblée plénière devra déterminer, dans le cas où elle admettrait l'existence d'une telle entreprise, si le régime de justifications des restrictions décrit par la Cour

¹⁵⁵CEDH, arrêt Schüth, préc., § 69.

européenne des droits de l'homme dans ses décisions relatives à d'autres types d'entreprises de tendance est transposable en l'espèce.

La doctrine incline en ce sens.

M. Moizard affirme ainsi que *“si l'on retient la qualification d'entreprise de tendance, il convient encore de respecter le principe de proportionnalité qui impose, outre la nature du poste du salarié, une mise en balance des droits et intérêts concurrents en jeu, qui seraient ici la liberté de conscience de la personne morale employeur et la liberté individuelle de religion du salarié”*¹⁵⁶.

M. Dockès considère que *“même dans l'hypothèse [où la crèche Baby-Loup aurait développé un positionnement athée], l'exigence d'une neutralité vestimentaire ne saurait être généralisée à tous les personnels. Les droits fondamentaux et notamment la liberté de conscience demeurent, même dans des entreprises identitaires ou de tendance. L'atteinte à un droit ou à une liberté fondamentale suppose ici comme ailleurs non seulement une justification par rapport à la tâche à accomplir (simplifiée par la tendance défendue), mais aussi la proportionnalité de l'atteinte, laquelle suppose notamment l'existence d'un trouble objectif. Et ce trouble pourrait être douteux dans certains cas, notamment pour des salariés sans contact avec le public”*¹⁵⁷.

Selon Mme Corrignan-Carsin, *“la seule qualité d'une entreprise identitaire n'est pas suffisante. Sa place dans la structure, la nature de son activité et le contexte dans lequel elle est exercée doivent nécessairement être pris en considération pour apprécier l'existence d'un “trouble caractérisé”*¹⁵⁸.

Ce point de vue est partagé par M. Colonna et Mme Renaux-Personnic, selon lesquels *“si l'appartenance du salarié à une entreprise de conviction emporte nécessairement interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion, une telle solution doit nécessairement être justifiée par la nature des fonctions exercées par le salarié et proportionnée au regard des intérêts en jeu”*¹⁵⁹.

De même, Mme Calvès considère que *“les entreprises de tendance peuvent imposer à leurs salariés une obligation de loyauté (et donc, dans le cas d'une entreprise de conviction “laïque”, une obligation de neutralité confessionnelle), mais*

¹⁵⁶N. Moizard, article préc.

¹⁵⁷E. Dockès, article préc.

¹⁵⁸D. Corrignan-Carsin, article préc.

¹⁵⁹J. Colonna et V. Renaux-Personnic, article *“Affaire Baby-Loup : la cour d'appel de Paris s'oppose à la Cour de cassation”*, préc.

*ce n'est pas un blanc-seing qui leur est accordé. Le juge national est appelé à examiner le lien entre les fonctions soumises au devoir de réserve et les conditions de réception, par le public, du message que l'organisation entend promouvoir*¹⁶⁰.

C'est au demeurant la voie qu'a suivie la cour d'appel de Paris dans l'arrêt attaqué¹⁶¹, ainsi que l'avis de l'association Baby-Loup elle-même¹⁶². Après avoir exposé les raisons pour lesquelles elle considérait que la qualification d'entreprise de conviction devait être appliquée à l'association Baby-Loup et que l'obligation de neutralité pouvait être exigée de ses employés, la cour d'appel a constaté que la "*volonté [de l'association] de l'obtenir résult[ait] suffisamment en l'occurrence des dispositions tant de ses statuts que de son règlement intérieur*". Elle a ensuite procédé à une interprétation de la clause du règlement intérieur de 2003 qui l'a conduite à conclure que la formulation de l'obligation de neutralité étant "*suffisamment précise*" et n'ayant "*donc pas la portée d'une interdiction générale*", les restrictions ainsi prévues étaient "*justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail*". La cour d'appel a enfin estimé que ces restrictions "*répond[aient] aussi, dans le cas particulier, à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants, même si cette exigence ne résulte pas de la loi*".

Par la première branche du deuxième moyen, Mme Y... critique ces motifs concluant à la justification des restriction et discrimination instituées. Elle soutient que, même dans l'hypothèse où l'association Baby-Loup serait considérée comme une entreprise de conviction, la restriction à la liberté religieuse qu'elle a instituée devait être justifiée par la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et être proportionnées au but recherché. Selon ce grief, l'association Baby-Loup doit être soumise, en l'absence de règles de droit interne propres aux entreprises de conviction, aux dispositions de droit commun des articles L. 1121-1, L. 1132-1 et L. 1321-3 du code du travail.

Il convient de rappeler les termes de ces textes.

¹⁶⁰G. Calvès, article "*Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby-Loup, quelle lecture européenne du problème ?*", préc.

¹⁶¹Encore cette lecture de l'arrêt attaqué pourrait-elle être contredite par une autre interprétation, constatant la division de l'arrêt en deux parties autonomes : la première partie, consacrée à la qualification d'entreprise de conviction de l'association Baby-Loup et la seconde, ajoutant une motivation indépendante de la première, qui applique le régime de droit commun des justifications des restrictions et des discriminations, réalisée sur le fondement de l'interprétation de la clause litigieuse du règlement intérieur de l'association.

¹⁶²Dans le mémoire en défense, l'association expose que "*si la qualification en entreprise de tendance habilite un employeur à restreindre plus fortement les droits et libertés des salariés en raison des particularités de son activité, elle ne fait aucunement disparaître l'exigence de proportionnalité ainsi que le contrôle juridictionnel corrélY...*", p. 54.

Selon l'article L. 1121-1 du code du travail, " *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. 1132-1 du même code, dans sa version alors applicable, dispose ce qui suit: " *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er 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, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap* ".

Aux termes de l'article L. 1133-1 du même code, " *L'article 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ".

Selon l'article L. 1321-3 du même code, dans sa version alors applicable, "Le règlement intérieur ne peut contenir :

1° *Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;*

2° *Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;*

3° *Des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou*

mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap”.

La prise en compte de la nature du poste occupé par le salarié licencié et la mise en balance effective des intérêts en jeu s'impose, en application de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux entreprises de tendance. Cependant, la méthode qui doit être suivie par le juge national pour procéder à l'évaluation comparée des intérêts opposés de l'employeur et de son salarié résulte, en premier lieu, des dispositions précitées du droit interne, en partie dictées par le droit de l'Union.

Telle est, en effet, la conséquence de l'application du principe de subsidiarité inhérent au mécanisme européen de protection des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg ayant jugé *“que les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis pas la Convention”* et que son contrôle *“ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention”*¹⁶³. La Cour a également décidé *“à maintes reprises, et dans des domaines très variés, (...) qu'il incomb[ait] au premier chef aux autorités nationales et, singulièrement, aux cours et tribunaux d'interpréter et d'appliquer le droit interne”*¹⁶⁴.

En leur reconnaissant une marge d'appréciation, la Cour européenne des droits de l'homme renvoie les Etats à leur droit national pour la détermination des règles auxquelles doit obéir la mise en balance des intérêts.

La Cour de Strasbourg énonce en effet que *“Si la frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au regard de l'article 9 ne se prête pas à une définition précise, les principes applicables sont néanmoins comparables”* et qu' *“en particulier, dans les deux cas, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'Etat jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation”*¹⁶⁵.

La Cour rappelle également *“que la marge d'appréciation reconnue à l'Etat est plus large lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative des intérêts en jeu ou sur les meilleurs moyens de les protéger”* et que, *“de façon générale, la marge est également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention”*¹⁶⁶.

¹⁶³CEDH, Affaire linguistique belge, 23 juillet 1968.

¹⁶⁴CEDH, Pla et Puncernau c/ Andorre, 13 juillet 2004, n° 69498/01, § 46.

¹⁶⁵CEDH, arrêt Siebenhaar, préc., § 38; arrêt Obst, précité, § 41.

¹⁶⁶CEDH, Siebenhaar, préc., § 39.

Le licenciement litigieux de Mme Y... ayant été prononcé au motif, notamment, du refus d'ôter le voile islamique qu'elle portait sur son lieu de travail, en méconnaissance de ses obligations contractuelles, lesquelles étaient fondées sur l'obligation de neutralité prévue par le règlement intérieur de l'association Baby-Loup, la régularité de ce licenciement suppose que soit préalablement examiné, ainsi que l'a fait l'arrêt attaqué, la légalité, au regard des articles L. 1121-1, L. 1132-1 et L. 1321-3 du code du travail, de la clause du règlement intérieur fixant l'obligation de neutralité.

Le règlement intérieur constitue la norme sur le fondement de laquelle la restriction litigieuse a été édictée. Analysant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, M. Huglo, dans son rapport, élaboré avant l'arrêt Eweida, précité, relevait que *“la restriction à la liberté religieuse doit être prévue par la loi, entendue au sens du droit écrit et de la jurisprudence, à la condition que celle-ci soit suffisamment stable et prévisible; qu'au titre du droit écrit, la loi peut s'entendre aussi d'une norme de nature réglementaire dès lors qu'elle est prise sur délégation du pouvoir législatif, la Cour européenne des droits de l'homme vérifiant précisément ce point, comme dans l'affaire Leyla Sahin où elle examine si l'on peut considérer que la circulaire du conseil d'administration de l'université d'Istanbul interdisant le port du voile islamique à l'université peut être considéré comme adoptée sur délégation de la loi turque”*¹⁶⁷.

M. Huglo a ensuite rappelé qu'il résultait d'une jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation que le règlement intérieur d'un employeur de droit privé constituait un acte réglementaire de droit privé¹⁶⁸ et que le contrôle de légalité dévolu à l'inspecteur du travail par l'article L. 122-37 du code du travail, devenu article L. 1322-1 du même code, ne saurait lui ôter sa nature pour le transformer en un acte administratif¹⁶⁹.

¹⁶⁷P. 39.

¹⁶⁸Soc. 25 septembre 1991, Bull. V n° 381

¹⁶⁹Soc. 16 décembre 1992, Bull. V n° 602

Rappelant les termes de l'article L. 1321-1 du code du travail¹⁷⁰, il a exposé que " *seules les mesures visées au 1° et au 2° de l'article L. 1321-1 pourraient être considérées comme des mesures prises sur délégation de la loi s'agissant d'appliquer la réglementation en matière de santé et de sécurité* ", mais que, en revanche, il était clair que " *la clause litigieuse du règlement intérieur de l'association Baby-Loup relève du 3° de cet article et ne peut être considérée comme une mesure d'application d'une disposition législative* ", dès lors " *qu'en l'état actuel du droit français, il n'existe pas de norme législative imposant aux salariés d'un employeur de droit privé accueillant des enfants en bas âge le respect du principe de laïcité* "¹⁷¹.

Si l'état du droit français est sur ce point inchangé, de sorte que la conclusion selon laquelle la clause litigieuse du règlement intérieur de l'association Baby-Loup ne peut être considérée comme adoptée en vertu d'une délégation législative reste valable, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, semble avoir évolué.

Annoncées dans le rapport de M. Huglo, au titre des requêtes examinées par la Cour de Strasbourg sous l'angle des " *obligations positives de l'Etat* ", les affaires Chaplin, Eweida, Ladele et Mc Farlane ont depuis été jugées par la Cour, dans l'arrêt Eweida, précité, déjà évoqué aux fins de l'examen de la septième branche du premier moyen¹⁷², ainsi qu'il en a été fait rapport oralement à l'audience de la chambre sociale.

Sur les quatre requérants reprochant au Royaume-Uni de ne pas avoir protégé leur droit de manifester leur religion, deux, Mme Eweida et M. Mc Farlane, étaient opposées à un employeur privé, de sorte que la Cour a examiné les litiges les concernant " *sur le terrain de l'obligation positive incombant aux instances de l'Etat de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits énoncés à l'article 9* "¹⁷³.

¹⁷⁰Selon ce texte, " *Le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement :*

1° Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 ;

2° Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaissent compromises ;

3° Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur".

¹⁷¹Ibid., p.40

¹⁷²Voir IV, B, 3°), b, p. 46 et s. du présent rapport.

¹⁷³CEDH, arrêt Eweida, préc., § 84.

Ainsi que cela a été rappelé, dans aucune des quatre affaires, cependant, la Cour européenne des droits de l'homme n'a déduit de l'absence en droit interne de dispositions spécifiques réglementant le port d'un signe religieux sur le lieu de travail la violation du droit de manifester sa religion.

Il pourrait donc être déduit de l'arrêt Eweida que la question de savoir si la restriction dans l'exercice du droit à la liberté religieuse doit être "*prévue par la loi*", au sens de l'article 9, paragraphe, 2 de la Convention est, sinon un élément accessoire du contrôle de la régularité des restrictions en cause, du moins désormais circonscrite au caractère clair et prévisible de la règle litigieuse, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le niveau qu'elle occupe dans la hiérarchie des normes¹⁷⁴.

L'article L. 1321-3 du code du travail transpose au règlement intérieur les prohibitions et leurs justifications possibles, énoncées par l'article L. 1121-1, en ce qui concerne les restrictions aux droits et libertés des personnes, et par l'article L. 1132-1 du même code, en ce qui concerne les discriminations des salariés.

En l'espèce, le caractère clair et prévisible de la clause litigieuse pourrait prêter à discussion, chaque partie en donnant une interprétation différente.

Est aussi discutée la régularité de la règle qu'elle édicte, dès lors qu'en application de l'article L. 1321-3, précité, le règlement intérieur ne peut contenir de restrictions à la liberté de religion qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ou de discriminations des salariés en raison de leurs convictions religieuses.

La clause litigieuse, dont la licéité est contestée aussi bien au titre du présent grief, qui présuppose que la qualification d'entreprise de conviction est régulière, que de ceux qui posent comme hypothèse que cette qualification n'est pas justifiée, sera examinée en même temps que cette dernière série de griefs¹⁷⁵.

Il en sera de même, afin de permettre leur comparaison, des contrôles de proportionnalité des restrictions à la liberté religieuse et des différences de traitement fondée sur celle-ci relatifs aux entreprises de tendance et aux entreprises "*ordinaires*"¹⁷⁶.

¹⁷⁴Selon M. Hervieu, "*aux yeux des juges, cette situation ne heurte pas "en soi" les exigences conventionnelles. Ce vide est compensé par l'existence de recours juridictionnels permettant aux intéressés de contester les restrictions au droit de manifester ses convictions religieuses au travail*", Nicolas Hervieu, "*Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail*" dans Lettre "*Actualités Droits-Libertés*" du CREDOF, 24 janvier 2013.

¹⁷⁵Voir IV, B, 4°), a, p. 77 et s. du présent rapport.

¹⁷⁶Voir IV, B, 4°), b, p. 82 et s. du présent rapport.

On terminera l'étude des questions liées à l'entreprise de conviction en examinant les griefs par lesquels il est contesté que le licenciement du salarié d'une entreprise de conviction puisse être prononcé pour faute, lorsqu'il est fondé sur la constatation d'un comportement jugé contraire à cette conviction, quand bien même l'obligation de se conformer à cette dernière serait-elle inscrite dans le règlement intérieur.

e - La détermination du caractère disciplinaire ou pour "trouble objectif" du licenciement de l'employé d'une entreprise de conviction (deuxième et troisième branches du deuxième moyen)

En l'espèce, la lettre de licenciement du 19 décembre 2008, après avoir décrit le comportement reproché à Mme Y... à l'origine de son licenciement, concluait dans les termes suivants, caractérisant l'existence d'une procédure disciplinaire : " *votre insubordination, votre obstruction, vos menaces, constituent autant de violations de vos obligations contractuelles totalement incompatibles avec votre maintien dans les effectifs durant votre préavis et justifient plus qu'abondamment votre licenciement pour faute grave* "177.

Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Paris a relevé que le comportement de Mme Y... caractérisait une faute grave justifiant son licenciement, même si la lecture de l'arrêt ne permet pas de conclure avec certitude que c'est le refus opposé par Mme Y... d'ôter son voile islamique qui a été considéré par la cour d'appel comme constituant la faute à l'origine du licenciement¹⁷⁸.

On a coutume de distinguer, en se déterminant selon la cause du licenciement, le licenciement pour motif économique et le licenciement pour motif personnel, cette dernière catégorie recouvrant les licenciements disciplinaire et non disciplinaire¹⁷⁹.

Relèvent, par exemple, de la catégorie des licenciements pour motif personnel à caractère non disciplinaire les licenciements pour cause d'inaptitude physique, les licenciements pour insuffisance professionnelle, les licenciements pour absence d'une condition légale d'emploi (diplômes, absence de condamnation pénale, titre de séjour, etc.)¹⁸⁰.

¹⁷⁷Lettre de licenciement, p. 3.

¹⁷⁸Voir, sur ce point, IV, C, 1°), c, p. 99 et s. du présent rapport.

¹⁷⁹P. Waquet, " *Le " trouble objectif dans l'entreprise " : une notion à redéfinir* ", Revue de droit du travail 2006, p. 304.

¹⁸⁰Ibid.

A partir du début des années 90¹⁸¹, pour “ résoudre les conflits pouvant survenir entre l'autonomie du salarié dans sa vie personnelle et les intérêts légitimes de l'entreprise ”¹⁸², la Cour de cassation a progressivement élaboré une jurisprudence caractérisant un nouveau type de licenciement pour motif personnel à caractère non disciplinaire, fondé sur la notion de “ trouble objectif ”.

Elle a institué une “ immunité disciplinaire ”¹⁸³ en posant en principe qu'un fait de la vie personnelle du salarié ne saurait constituer une faute susceptible de donner lieu à une sanction disciplinaire¹⁸⁴. Seul un manquement à une obligation découlant de son contrat de travail peut légalement justifier une telle sanction du salarié¹⁸⁵.

Le contentieux de la chambre sociale de la Cour de cassation offre un grand nombre d'exemples de comportements de salariés qui, bien que relevant de leur vie personnelle, affectent le fonctionnement de l'entreprise et sont donc de nature à justifier la rupture du contrat de travail.

Dans de tels cas, les comportements incriminés, étrangers par hypothèse, lorsqu'ils ne sont pas le fait d'employés d'entreprises de tendance, à l'exécution du contrat de travail, peuvent donner lieu à des licenciements, mais à titre non disciplinaire et pourvu que soit constatée l'existence d'un trouble objectif causé à l'entreprise. C'est alors “ la conséquence du fait de vie personnelle sur le fonctionnement de l'entreprise qui constitue le motif de licenciement ”¹⁸⁶ et non le fait lui-même¹⁸⁷.

La Cour de cassation décide donc, en dépit de l'orientation divergente de certains arrêts, conduisant des auteurs à déplorer l'existence d'une “ crise de la notion

¹⁸¹Cass., soc., 12 mars 1991, Bull. V, n° 120.

¹⁸²Ibid.

¹⁸³Ch. Mathieu-Geniaut, “ L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question ”, Droit social 2006, p. 848.

¹⁸⁴Voir, par exemple, cass., soc., 16 décembre 1997, Bull. V, n° 441.

¹⁸⁵Voir, comme illustration récente de ce raisonnement, cass., soc., 5 février 2014, pourvoi n° 12-28.897.

¹⁸⁶P.-H. Antonmattei, “ Le licenciement pour trouble objectif ”, Droit social 2012, p. 10.

¹⁸⁷M. Waquet, explicitant la notion de “ trouble objectif ”, fait valoir que “ d'une manière générale, et même si un fait précis peut être imputé à un salarié, le trouble ne résulte pas de ce seul fait, mais du conflit d'intérêt avec l'entreprise (...). De plus, ou bien le fait du salarié est fautif et point n'est besoin de recourir à la notion de trouble objectif ; ou bien le fait ne constitue pas une faute relevant du pouvoir disciplinaire de l'employeur, et seul un licenciement personnel non disciplinaire est envisageable et peut trouver une cause réelle et sérieuse dans la perturbation causée par une situation concrète ”, article “ Le “ trouble objectif dans l'entreprise ” : une notion à redéfinir ”, préc.

de trouble objectif ”¹⁸⁸, qu’un licenciement fondé sur des motifs tirés de la vie personnelle du salarié, en l’absence de trouble caractérisé apporté à l’entreprise par le comportement de ce dernier, est sans cause réelle et sérieuse¹⁸⁹. Surtout, elle considère que le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut en lui-même constituer une faute et donc justifier un licenciement disciplinaire¹⁹⁰.

Par un arrêt du 18 mai 2007, la chambre mixte de la Cour de cassation a rappelé les limites dans lesquelles la procédure disciplinaire devait demeurer, pour ce qui est des faits relevant de la vie privée d’un employé, des rapports entre ces faits et le contrat de travail et de la survenance d’un trouble objectif au sein de l’entreprise. Statuant sur un litige opposant à son employeur un salarié ayant fait l’objet de sanctions disciplinaires, à la suite de l’ouverture par le service du courrier de l’entreprise d’une enveloppe contenant, à l’intention du salarié, qui se l’était fait adresser sur son lieu de travail, une revue jugée licencieuse, la Cour a cassé l’arrêt attaqué aux motifs “*d’une part, qu’un trouble objectif dans le fonctionnement de l’entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l’encontre de celui par lequel il est survenu, d’autre part, que la réception par le salarié d’une revue qu’il s’est fait adresser sur le lieu de son travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat, et enfin, que l’employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d’une correspondance privée pour sanctionner son destinataire*”¹⁹¹.

On observera que, dans cet arrêt, le recours à la notion de “*vie privée*”, plus étroite que celle de “*vie personnelle*” habituellement utilisée dans la jurisprudence nationale, semble justifiée par les circonstances de l’espèce, en rapport avec les “*curiosités ou goûts distractifs et sexuels de l’intéressé*”¹⁹². Elle ne remet nullement

¹⁸⁸P. Waquet, ibid. M. Antonmattei évoque, quant à lui, “*une jurisprudence un peu confuse [qui] entretient, en effet, un retour, parfois dangereux, vers le licenciement disciplinaire*”, article, préc.

¹⁸⁹Voir, par exemple, cass., soc., 22 janvier 1992, Bull. V, n° 30 (licenciement de l’employée d’un concessionnaire automobile en raison de l’achat par celle-ci d’un véhicule automobile d’une autre marque que celle commercialisée par son employeur) et cass., soc., 26 février 2003, pourvoi n° 01-40.255 (licenciement d’un salarié motivé par son absence du travail due à sa mise en détention provisoire, consécutive à un comportement intervenu en dehors du travail et sans lien avec son activité professionnelle).

¹⁹⁰Voir, par exemple, l’arrêt du 16 décembre 1997, précité (licenciement pour faute grave d’un clerc de notaire à la suite de la publication, dans la presse locale, de sa condamnation correctionnelle pour aide au séjour irrégulier d’un étranger) et cass., soc., 21 octobre 2003, Bull. V, n° 259 (licenciement pour faute grave d’une secrétaire médicale en raison de l’exercice d’une activité de “*voyante tarologue*” incompatible avec ses fonctions qui lui donnaient accès à des dossiers confidentiels).

¹⁹¹Cass., chambre mixte, 18 mai 2007, Bull. n° 3.

¹⁹²Rapport de M. le conseiller Gridel, p. 8.

en cause la référence usuelle à cette dernière notion, plus proche de celle de “*vie privée*” utilisée par la Cour européenne des droits de l’homme, qui considère qu’il serait “*trop restrictif de la limiter à un “cercle intime” où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d’en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l’individu de nouer et développer des relations avec ses semblables*”. La Cour de Strasbourg ajoute qu’ “*il paraît, en outre, n’y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de “vie privée” comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c’est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d’occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur. Un fait, souligné par la Commission, le confirme : dans les occupations de quelqu’un, on ne peut pas toujours démêler ce qui relève du domaine professionnel de ce qui en sort*”¹⁹³.

Le port d’un voile islamique sur le lieu de travail relève précisément de cette définition européenne de la “*vie privée*” comparable à la notion, nationale, de “*vie personnelle*”.

L’application pure et simple du principe, précédemment rappelé, selon lequel le fait imputé au salarié relevant de sa vie personnelle ne peut en lui-même constituer une faute, devrait dès lors conduire à remettre en cause le caractère disciplinaire du licenciement litigieux.

Il conviendrait toutefois de tenir compte, sans doute, de la qualité d’entreprise de conviction de l’association Baby-Loup que présupposent les présents griefs et dont résulterait, en raison du caractère propre de cette dernière, une obligation de loyauté spécifique du personnel envers l’éthique de l’association, susceptible de limiter les droits que l’employé tient de la Convention européenne des droits de l’homme, en l’espèce, la liberté religieuse de Mme Y....

M. Waquet évoque “*les cas, rares, où certains faits de vie privée ou de vie personnelle se rattachent à la vie contractuelle*”¹⁹⁴, de sorte qu’ils pourraient donner lieu à sanction. Recherchant le critère le plus adapté pour distinguer les licenciements disciplinaires des licenciements pour “*trouble objectif*”, M. Antonmattei relève que le lien avec le contrat est plus pertinent que le rattachement de certains faits de la vie personnelle à la vie professionnelle. Il considère qu’il est nécessaire de préciser la notion d’ “*obligation découlant du contrat*” et qu’ “*il n’y a pas de doute pour l’obligation de loyauté dont l’exigibilité est permanente*”¹⁹⁵.

¹⁹³CEDH, 16 décembre 1992, Niemietz c/ Allemagne, n° 13710/88, § 29.

¹⁹⁴P. Waquet, article “*Le “trouble objectif dans l’entreprise” : une notion à redéfinir*”, préc.

¹⁹⁵P.-H. Antonmattei, article “*Le licenciement pour trouble objectif*”, préc.

Tel paraît pouvoir être le cas des entreprises de tendance en général. Comme l'établissement privé d'enseignement catholique de l'arrêt, précité, du 19 mai 1978, qui avait pu prendre en considération les convictions religieuses du professeur ultérieurement licencié en raison de son remariage après divorce, cet élément de l'accord des volontés ayant été "*incorporé dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante*"¹⁹⁶, une entreprise de tendance serait en droit d'ériger en obligation contractuelle le respect de l'éthique dont elle se réclame et de fonder sur la violation de cette conviction un éventuel licenciement.

En l'espèce, il résulte de l'arrêt attaqué que, selon le règlement intérieur de l'association Baby-Loup adopté lors de sa création, en 1990, "*le personnel doit dans l'exercice de son travail respecter et garder la neutralité d'opinion politique et confessionnelle en regard du public accueilli*"¹⁹⁷. Selon l'arrêt, Mme Y... a été engagée en 1991, au titre d'un emploi solidarité, puis en 1993, au titre d'un contrat de qualification, avant de conclure un contrat à durée indéterminée le 1^{er} janvier 1997¹⁹⁸. Dans son jugement du 13 décembre 2010, le conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie a relevé que, dans ce contrat de travail, Mme Y... "*s'engageait à respecter les prescriptions du règlement intérieur en vigueur dans l'Association et à se conformer aux instructions et directives émanant de la direction ou son représentant*"¹⁹⁹.

L'assemblée plénière pourrait devoir examiner la question de savoir si les liens contractuels unissant Mme Y... à l'association Baby-Loup, dans l'hypothèse où celle-ci serait une entreprise de conviction, lui imposaient une obligation de loyauté prohibant le port de tout signe ostentatoire de religion, dont la méconnaissance justifierait l'engagement d'une procédure disciplinaire.

4*) Les justifications des restrictions à l'exercice de la liberté religieuse ou des différences de traitement des salariés en raison de leurs convictions religieuses

Les justifications retenues par la cour d'appel de Paris ne sont pas seulement fondées sur les principes caractérisant, selon l'arrêt attaqué, la nature d'entreprise de conviction de l'association Baby-Loup. Elles sont également exprimées par la clause litigieuse de son règlement intérieur, dissociable de cette dernière qualification.

La cour d'appel a rappelé le contenu de la clause II, A), premier paragraphe, du règlement intérieur entré en vigueur le 15 juillet 2003, aux termes de laquelle "*le*

¹⁹⁶ Arrêt du 19 mai 1978, préc.

¹⁹⁷ Arrêt attaqué, p. 3.

¹⁹⁸ Ibid., p. 2.

¹⁹⁹ Jugement, p. 9.

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, ses annexes ou en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche à l'extérieur".

Elle a jugé "que la formulation de cette obligation de neutralité dans le règlement intérieur, en particulier celle qui résulte de la modification de 2003, est suffisamment précise pour qu'elle soit entendue comme étant d'application limitée aux activités d'éveil et d'accompagnement des enfants à l'intérieur et à l'extérieur des locaux professionnels ; qu'elle n'a donc pas la portée d'une interdiction générale puisqu'elle exclut les activités sans contact avec les enfants, notamment celles destinées à l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier qui se déroulent hors la présence des enfants confiés à la crèche".

La cour d'appel a considéré, se référant peut être aussi aux motifs dont elle a déduit que l'association Baby-Loup devait être qualifiée d'entreprise de conviction, " que les restrictions ainsi prévues sont, pour les raisons ci-dessus exposées, justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L.1121-1 et L.1321-3 du code du travail ; qu'au vu de l'ensemble des considérations développées, elles ne portent pas atteinte aux libertés fondamentales, dont la liberté religieuse, et ne présentent pas un caractère discriminatoire au sens de l'article L.1132-1 du code du travail ; qu'elles répondent aussi dans le cas particulier à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants, même si cette exigence ne résulte pas de la loi".

Ces motifs sont critiqués :

- par la neuvième branche du premier moyen, qui se place en dehors de l'hypothèse où l'association Baby-Loup serait qualifiée d'entreprise de conviction et par laquelle il est reproché à l'arrêt attaqué de ne pas avoir constaté, ni caractérisé, au vu des éléments particuliers et concrets de l'espèce, l'incompatibilité avec l'emploi de Mme Y... du port d'un voile islamique ;

- par la première branche du deuxième moyen, aux termes de laquelle il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir retenu que l'association Baby-Loup, constituant une entreprise de conviction, pouvait se doter d'un règlement intérieur prévoyant une obligation générale de neutralité du personnel emportant interdiction de tout signe ostentatoire de religion, alors qu'en l'absence de dispositions particulières en droit interne, les restrictions à la liberté religieuse des salariés émanant d'une telle entreprise doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et être proportionnées au but recherché ;

- et par le troisième moyen, pris en ses trois branches, relatif au caractère général et imprécis du règlement intérieur, dans ses versions successives de 1990 et 2003.

Préalable à la question du contrôle de proportionnalité des juges du fond (b), celle du caractère général et imprécis du règlement intérieur doit d'abord être examinée (a).

a - Caractéristiques de la clause litigieuse (troisième moyen, pris en ses trois branches)

Il convient de rappeler, à titre liminaire, sur le point non contesté de la recevabilité de l'exception d'illégalité du règlement intérieur invoquée par Mme Y..., qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation " *qu'un salarié est recevable à soulever par voie d'exception l'illégalité du règlement intérieur du comité d'entreprise qui lui fait grief* " ²⁰⁰.

Si les dispositions du code du travail relatives aux restrictions aux droits et libertés fondamentales et aux différences de traitement des salariés, comme la jurisprudence administrative et judiciaire, s'opposent à l'énonciation de clauses générales et imprécises, les avis sont partagés quant au point de savoir si la clause litigieuse encourt un tel grief.

- Le principe de non-licéité des clauses générales et imprécises.

De l'interdiction des restrictions aux droits et libertés et des différences de traitement qui ne seraient pas, les unes comme les autres, spécifiquement justifiées découle l'interdiction des clauses générales et imprécises ²⁰¹.

Dans son rapport, M. Huglo rappelait qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat " *qu'une prohibition générale et absolue est invalide, même dans une entreprise dite de tendance* " ²⁰². On rappellera que, dans l'arrêt du 20 juillet 1990, précité, où était contestée la légalité de l'obligation faite aux personnels non enseignant d'un établissement privé d'enseignement catholique de respecter son caractère propre, qui figurait dans son règlement intérieur, le Conseil d'Etat a admis que le caractère propre

²⁰⁰Soc., 11 avril 2012, Bull. 2012, V, n° 121.

²⁰¹Etude du Conseil d'Etat du 19 décembre 2013, demandée par le défenseur des droits, point 1.3.

²⁰²Rapport, préc., p. 61. Arrêt du 20 juillet 1990, *Association familiale de l'externat de Saint-Joseph*, préc. Cette solution a été confirmée par le Conseil d'Etat, dans des termes identiques, dans l'arrêt du 23 juillet 1993, *Institution privée de Monistrol-sur-Loire* n° 99391, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

de cet établissement figure au nombre des obligations imposées par le règlement intérieur de cet établissement à l'ensemble de son personnel, à la condition que ce règlement précise, d'une part, que le respect du caractère propre de l'établissement ne saurait permettre qu'il soit porté atteinte à la liberté de conscience des intéressés et, d'autre part, que les obligations qui en résultent doivent s'apprécier eu égard à la nature des fonctions exercées par les personnels qui y sont soumis.

La jurisprudence de la Cour de cassation est dans le même sens. Il a ainsi été jugé que *“ la clause du règlement intérieur [d'une banque] qui énonce que l'exercice de la profession bancaire passe par le respect du principe de non-conflit d'intérêts entre le salarié et l'employeur, qui abandonne à ce dernier la détermination de la situation conflictuelle et l'appréciation de l'intérêt à privilégier, excédant, par sa généralité et son imprécision, les restrictions que l'employeur peut légalement apporter à la liberté individuelle du salarié, a été à juste titre écartée par les juges du fond ”*²⁰³.

M. Waquet avait soutenu l'idée que *“ pour être valables, il faudrait d'abord que ces clauses respectent la règle définie à l'article L. 120-2, c'est-à-dire qu'elles soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Il ne peut donc être admis des clauses générales s'appliquant à tout le personnel de l'entreprise de tendance : justifiée pour un cadre, telle clause limitative de liberté pourrait n'avoir aucune cause pour un personnel d'exécution ”*²⁰⁴.

- Appréciations sur le degré de précision de la clause litigieuse.

Au risque d'étonner, les opinions exprimées sur le degré de précision de la clause figurant au II, A), premier paragraphe du règlement intérieur de 2003 divergent notablement.

C'est aussi sur la question de la précision de la clause litigieuse que divergent, comme il a été dit, les appréciations portées par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt attaqué et par la Cour de cassation dans l'arrêt du 19 mars 2013.

Selon M. Huglo, *“ la clause du règlement intérieur est générale et vise tous les emplois de l'association, y compris même les collaborateurs occasionnels (ce qui vise semble-t-il les sorties à l'extérieur) ”*²⁰⁵. La chambre sociale, dans l'arrêt du 19 mars 2013, précité, en retenant que la clause du règlement intérieur instaurait une restriction générale et imprécise, a fait la même analyse que son rapporteur et, sur ce point, ne s'est pas écartée de celle de son avocat général, M. Aldigé, qui avait considéré que

²⁰³Soc., 9 juin 1998, Bull. 1998, V, n° 315.

²⁰⁴P. Waquet, article *“ Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance ”*, préc.

²⁰⁵Rapport, précité, p. 61.

“dans notre espèce force est de reconnaître le caractère de généralité des dispositions du règlement intérieur qui soumettent l'ensemble du personnel de la crèche à une obligation de laïcité et de neutralité, ce qui, pour une entreprise ordinaire, rendrait ces dispositions illicites au regard de l'article L.1121-1 du code du travail comme n'étant pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché”. M. Aldigé avait ajouté que, *“cependant comme il a été démontré, l'association “Baby-Loup” peut être qualifiée d'entreprise de tendance, ce qui impose une appréciation particulière des dispositions litigieuses du règlement intérieur”*²⁰⁶.

Dans sa délibération n° 2010-82 du 1^{er} mars 2010, la HALDE²⁰⁷ avait considéré que, par la clause litigieuse, *“le règlement intérieur de l'association prévo[yait] une restriction générale et absolue “à la liberté de conscience et de religion” sur le fondement des principes de laïcité et de neutralité qui ne lui sont pas applicables”*.

M. Adam affirme que *“défectueuse, la clause du règlement intérieur ne pouvait, en tout état de cause, légitimement fonder l'obligation de neutralité imposée à la salariée voilée”*²⁰⁸.

Mme Corrignan-Carsin rappelle que *“ce n'est certes pas la première fois que sont condamnées des clauses qui excèdent par leur généralité l'étendue des restrictions qu'un employeur peut imposer”*. Elle ajoute que *“c'est dans le prolongement de cette exigence que se situe l'arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 2013 : la clause est jugée trop générale et trop floue pour tenir en échec l'exercice d'une liberté fondamentale : elle ne justifie pas de sa nécessité, ne précise ni les signes religieux concernés, ni les situations, les fonctions ou les personnes visées”*²⁰⁹.

M. Bossu, après avoir constaté que *“la cour d'appel de Paris s'oppose à [l']analyse [de la Cour de cassation] en considérant que la clause litigieuse n'a pas une portée générale car elle exclut les activités sans contact avec les enfants”*, considère qu'*“il est difficile d'adhérer à une telle interprétation car la clause précise que les principes de laïcité et de neutralité “s'appliquent dans l'ensemble des activités développées”*²¹⁰.

²⁰⁶B. Aldigé, avis préc., p. 26.

²⁰⁷Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

²⁰⁸P. Adam, article préc.

²⁰⁹D. Corrignan-Carsin, article préc. La même analyse est faite par Mme Gardin dans *“Laïcité et expression religieuse en entreprise”*, RJS 2013, p. 698.

²¹⁰B. Bossu, article préc.

Certains auteurs voient dans cette interprétation de la clause par l'arrêt attaqué une "*interprétation audacieuse*"²¹¹, un raisonnement "*fallacieux*"²¹² ou une "*dénaturation des pièces du dossier*"²¹³.

Le procureur général de Paris avait, quant à lui, conclu à la licéité de la clause. Après avoir appelé à la nécessité de "*s'attacher à une lecture complète de la clause litigieuse*", M. Falletti a décrit les activités développées par l'association Baby-Loup : "*il s'agit, d'une part, de proposer une offre d'accueil à la petite enfance et, d'autre part, d'oeuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier, étant entendu que cette dernière activité consiste à les privilégier à l'embauche*". Il a estimé que "*en conséquence, les activités développées résidant dans l'accueil de jeunes enfants et dans l'embauche de femmes du quartier, seul le personnel concourant à ces activités se d[evait] de respecter les principes de laïcité et de neutralité visés par le règlement intérieur*". Selon lui, "*la restriction énoncée par le règlement intérieur n'est donc ni générale ni absolue, mais circonscrite au personnel accueillant de jeunes enfants dans le cadre de l'activité principale de la crèche Baby-Loup, ainsi qu'au personnel recruteur dans le cadre de l'activité d'insertion professionnelle des femmes du quartier, seconde activité développée par l'association*". M. Falletti ajoute que "*cette restriction n'est par ailleurs ni générale ni absolue au regard de la liberté de religion. Portée au nom de la "laïcité" et de la "neutralité" elle ne concerne que la manifestation d'une appartenance religieuse et non l'exercice de la liberté de religion prise dans ses autres dimensions*". Le procureur général conclut que, "*en conséquence, dès lors qu'elle est précise quant au personnel concerné, et qu'elle n'emporte pas d'interdiction générale et absolue du fait religieux, la restriction posée par le règlement intérieur est licite et de ce fait propre à fonder une sanction de licenciement pour faute en cas de violation de ses dispositions*"²¹⁴.

Selon M. Colonna et Mme Renaux-Personnic, "*l'interprétation de la Cour de cassation n'est cependant pas satisfaisante car elle est incomplète. Elle omet la référence finale, mais expresse, de la clause aux "enfants"*"²¹⁵. Après avoir rappelé que "*la crèche aurait ainsi dû préciser les signes religieux, les situations, les fonctions ainsi que les personnes concernés*", M. Colonna et Mme Renaux-Personnic objectent

²¹¹F. Canut, article préc.

²¹²F. Laronze, "*Affaire Baby-Loup : l'épuisement du droit dans sa recherche d'une vision apolitisée de la religion*", Droit social 2014, p. 100.

²¹³M. Peyronnet, "*Baby-Loup : passage en force des juges d'appel*", Dalloz actualité 28 novembre 2013.

²¹⁴Conclusions, préc., p. 20.

²¹⁵J. Colonna et V. Renaux-Personnic, article "*Affaire Baby-Loup : la cour d'appel de Paris s'oppose à la Cour de cassation*", préc.

que *“la licéité des dispositions d’un règlement intérieur s’apprécie au regard de la nature de l’activité exercée par l’entreprise”* et que *“dans l’affaire Baby-Loup, si effectivement les dispositions du règlement intérieur peuvent sembler excessives par leur généralité, leur licéité aurait dû être appréciée au regard de la particularité de l’organisme employeur. En effet, en contact avec un public sensible - en l’occurrence des enfants en bas âge et donc nécessairement influençables -, la crèche, quand bien même ne serait-elle pas une entreprise de tendance, n’est pas pour autant une entreprise ordinaire”*. Ils ajoutent qu’*“une crèche ou une halte-garderie est souvent un lieu de dimension modeste car adaptée à l’accueil de jeunes enfants, où le personnel - quelles que soient ses fonctions (directeur, intervenant, éducateur) - est amené à être en contact quotidiennement avec les enfants et les parents”*²¹⁶.

Il appartiendra à l’assemblée plénière de dire si la cour d’appel a dénaturé la clause litigieuse ou si, dans le cas où une interprétation de ses termes était nécessaire, la conclusion à laquelle elle est parvenue peut ou non être approuvée.

b - Le contrôle de proportionnalité de la restriction litigieuse (neuvième branche du premier moyen et première branche du deuxième moyen)

Dans son avis, précité, l’avocat général M. Aldigé a conclu à la généralité de la clause. Il a cependant considéré que *“ce qui, pour une entreprise ordinaire, rendrait ces dispositions illicites au regard de l’article L 1121-1 du code du travail comme n’étant pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché”*, imposait, pour une *“entreprise de tendance”* telle que l’association Baby-Loup, *“une appréciation particulière des dispositions litigieuses du règlement intérieur”*²¹⁷. M. Aldigé a rappelé que la chambre sociale vérifiait que le juge du fond procédait à un *“test de proportionnalité”* visant à trouver *“un juste équilibre entre les différents intérêts en présence”*, l’employeur pouvant *“requérir de son personnel une attitude de bonne foi et de loyauté pourvu que cette restriction soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir par le salarié (contrôle de pertinence) et proportionnée au but recherché par l’entreprise (contrôle de proportionnalité)”*. S’agissant du *“contrôle de pertinence”*, il a estimé que la restriction relative à la tenue vestimentaire de Mme Y..., qui avait *“une signification revendiquée d’appartenance religieuse”*, lui avait été imposée en sa qualité de *“salariée dont la tâche était l’accueil et l’accompagnement éducatif de très jeunes enfants”*, de sorte qu’elle était justifiée par le droit de la crèche, entreprise de tendance, au respect de ses convictions philosophiques non confessionnelles. S’agissant du *“contrôle de proportionnalité”*, M. Aldigé a fait valoir que *“la faute de la salariée, soumise à une obligation particulière de loyauté, s’apprécie en fonction, d’une part, de son profil de poste et de ses*

²¹⁶J. Colonna et V. Renaux-Personnic, article *“Réflexions sur les arrêts récents de la chambre sociale de la Cour de cassation relatifs au port du voile islamique dans les entreprises”*, préc.

²¹⁷B. Aldigé, avis, préc., p. 26.

responsabilités, d'autre part, du caractère ponctuel et discret ou délibéré et public du manquement qui lui est reproché ". Constatant que ces critères étaient satisfaits, il a déduit de l'exercice de ce double contrôle que " *la restriction apportée par le règlement intérieur à la liberté de se vêtir était justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché au sens des articles L1121-1 et L1321-3 du code du travail* " ²¹⁸ .

Si elle devait soit considérer que la clause litigieuse ne présente pas de caractère général et imprécis, soit suivre la voie proposée par M. Aldigé, l'assemblée plénière devrait vérifier, ainsi que l'y invitent la neuvième branche du premier moyen et la première branche du deuxième moyen, si, pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel de Paris s'est assurée que la restriction litigieuse était justifiée par la nature de la fonction exercée par Mme Y... et proportionnée au but recherché par l'association qui l'employait.

Mme Desbarats expose que " *si une restriction générale et absolue à l'exercice de la liberté religieuse ne saurait se concevoir, l'employeur peut néanmoins établir en quoi des limites apportées aux libertés individuelles sont fondées sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination et proportionnées au regard des tâches concrètes du salarié, auquel cas de telles restrictions doivent être admises. Voilà pourquoi une salariée au contact du public et refusant de retirer son voile peut être valablement licenciée (CA Paris, 16 mars 2001, JCP éd. E 2001, p. 1339, note C. Puigelier), à la différence d'une autre, télé-enquêtrice qui refusait de porter son voile en bonnet mais qui, d'une part, l'arborait déjà lors de l'embauche et, d'autre part, n'avait aucun problème particulier dans ses contacts avec la clientèle (CA Paris, 19 juin 2003, RJS 2003, n° 1116). A noter cependant que le seul contact avec la clientèle (ou son absence) ne saurait constituer une justification légitime* " ²¹⁹ .

Les justifications de la restriction constituée par l'interdiction de porter tout signe de religion, " *ostentatoire* " ou non, sont énoncées par les dispositions susvisées du code du travail.

L'obligation de neutralité, qui constitue une restriction à la liberté de religion, doit être justifiée par " *la nature de la tâche à accomplir* " et " *proportionnée au but recherché* ", au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3, 2° du code du travail.

Lorsque cette même obligation s'analyse en une discrimination, sa licéité est subordonnée à la démonstration de l'existence d'une " *exigence professionnelle* "

²¹⁸Ibid., p. 27.

²¹⁹I. Desbarats, " *Entre exigences professionnelles et liberté religieuse : quel compromis pour quels enjeux ?* " La semaine juridique, éd. sociale n° 26, 28 juin 2011, p. 1307.

essentielle et déterminante ” qui doit, si l'objectif poursuivi est “*légitime*”, être “*proportionnée*”, au sens de l'article L. 1133-1 du même code.

Ces textes, qui ne distinguent pas selon que l'employeur est en droit de se réclamer d'une éthique justifiant que soient exigées de son personnel des obligations de loyauté spécifiques, doivent être interprétés différemment, ainsi qu'il semble résulter de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon que l'association Baby-Loup est considérée comme une entreprise de tendance ou une entreprise “*ordinaire*”.

Certes, dans les deux cas, il convient de tenir compte des fonctions “*d'éducatrice de jeunes enfants exerçant les fonctions de directrice adjointe de la crèche et de la halte-garderie Baby-Loup*”²²⁰ confiées à Mme Y....

Dans les deux cas, également, il y a lieu de mettre en balance les intérêts divergents en présence, à savoir le but, poursuivi par l'association Baby-Loup et inscrit dans ses statuts, de “*développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes*”... “*sans distinction d'opinion politique et confessionnelle*”²²¹, d'une part, et la liberté religieuse faisant l'objet de la restriction litigieuse, revendiquée par Mme Y..., d'autre part. La restriction à la liberté religieuse doit être proportionnée à ce but, s'il est préalablement déclaré légitime par le juge.

L'obligation de neutralité confessionnelle édictée par les règlements intérieurs de 1990 et de 2003, peut, quant à elle, “*être regardée comme procédant d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante*”, ainsi que le fait observer l'association Baby-Loup²²². C'est à la condition qu'elle réponde à une telle exigence, et pour autant que l'objectif poursuivi soit légitime et l'exigence proportionnée, qu'une différence de traitement peut échapper à la qualification de discrimination. On relèvera qu'en se démarquant sur ce point de l'arrêt attaqué, lequel se réfère à “*l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants*”, l'association semble souscrire au reproche adressé à l'arrêt par la huitième branche du premier moyen, selon lequel la cour d'appel “*a confondu exigence professionnelle essentielle et déterminante, et objectif légitime*”.

Ces facteurs communs du contrôle de proportionnalité ne doivent cependant pas masquer la difficulté qui existe d'identifier la spécificité de ce contrôle, lorsqu'il s'applique aux restrictions édictées par une entreprise de tendance.

²²⁰Arrêt attaqué, page 2.

²²¹Ibid, page 3.

²²²Mémoire en défense, point VIII-1.4.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme laisse supposer que constitue un critère de distinction l'importance relative qu'elle accorde aux intérêts de l'employeur par rapport à ceux de son employé, selon que l'on se trouve ou non en présence d'une entreprise de tendance.

Par exemple, dans l'arrêt *Obst*, précité, opposant à l'Eglise mormone, entreprise de tendance, l'un de ses employés, la Cour constate que *“ le fait que [les juridictions du travail allemandes] ont reconnu à l'Eglise mormone le droit d'opposer à ses employés des obligations de loyauté et qu'elles ont finalement accordé plus de poids aux intérêts de l'Eglise mormone qu'à ceux du requérant ne saurait en soi soulever un problème au regard de la Convention ”*²²³. En revanche, dans l'affaire *Eweida*, précitée, concernant un conflit du travail entre un employeur privé “ ordinaire ” et une employée revendiquant, par le port visible d'une croix, la liberté de religion sur son lieu de travail, la Cour a considéré que *“ l'importance que revêtait pour [Mme Eweida] la possibilité de manifester sa religion par le port visible de la croix doit peser lourdement dans la balance ”*²²⁴.

- Le contrôle de proportionnalité des restrictions dans les entreprises “ ordinaires ”

Précisément, dans l'arrêt *Eweida*, précité, la Cour de Strasbourg a tracé les contours du contrôle que les Etats contractants doivent opérer sur les restrictions à la liberté religieuse formulées par les entreprises “ ordinaires ”, pour être considérés comme ayant satisfait à leurs obligations positives²²⁵. La Cour détermine, *“ en particulier, si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts concurrents en jeu ”*²²⁶.

Dans cet arrêt, qui n'est pas limité au cas, déjà évoqué, de Mme *Eweida*, la Cour de Strasbourg a statué sur quatre recours par lesquels les requérants soutenaient que *“ le droit national n'avait pas adéquatement protégé leur droit de*

²²³ § 49. La même appréciation figure au § 45 de l'arrêt *Siebenhaar*, préc. Elle figure aussi, quoiqu'exprimée en des termes différents (*“ les juridictions du travail ont considéré le point de vue de l'Eglise employeur comme déterminant (...) cette manière de procéder ne soulève pas en soi un problème au regard de la jurisprudence [de la Cour] ”*) dans l'arrêt *Shūth*, précité (§ 68). Dans leur article précité, MM. Marguénaud et Mouly attribuent cette prééminence des intérêts de l'employeur au *“ souci de préservation de la crédibilité de [l'entreprise identitaire] ”* qu'éprouverait la Cour de Strasbourg.

²²⁴ CEDH, arrêt du 15 janvier 2013, *Eweida et autres c/Royaume-Uni*, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10

²²⁵ Rappelons que *“ l'obligation positive découlant de l'article 9 impos[e] à l'Etat défendeur de reconnaître les droits garantis à l'intéressé par cette disposition ”* (CEDH, arrêt *Eweida*, préc., § 108).

²²⁶ *Ibid.*, § 109.

manifester leur religion ”²²⁷. Deux de ces recours, qui ont trait à des litiges entre des sociétés privées et des employés, mettent en cause les obligations positives de l’Etat, les deux autres intéressant les obligations négatives de l’Etat en cause. Toutefois, les quatre décisions composant l’arrêt identifient le but poursuivi par les sociétés et par les autorités publiques.

Dans les litiges opposant les employés à leur employeur privé, le but poursuivi était, dans le cas de Mme Eweida, relatif à la prohibition opposée à celle-ci de porter une croix de manière visible, de “ *véhiculer une certaine image de l’employeur et mieux distinguer sa marque et son personnel* ” par l’adoption d’un code vestimentaire. Dans le cas de M. Mc Farlane, s’agissant d’une “ *organisation privée nationale prestataire de thérapies sexuelles et de services de conseils relationnels confidentiels* ”, le but opposé à celui-ci, qui refusait, pour des motifs religieux, de conseiller des couples homosexuels, était de “ *garantir la mise en oeuvre [d’une] politique de prestation de services sans discrimination* ”.

Dans les litiges opposant les employés à des “ *autorités publiques* ”, le but poursuivi était, dans un cas, relatif à la prohibition opposée par un hôpital à une infirmière, Mme Chaplin, de porter une croix en pendentif pendant son activité, de protéger la santé et la sécurité des infirmières et des patients. Dans l’autre cas, le but opposé par une collectivité territoriale à Mme Ladele, qui refusait d’être affectée à l’enregistrement à l’état civil des unions civiles, où elle aurait été amenée à enregistrer des unions entre personnes du même sexe, était “ *de respecter le principe primordial d’être “ un employeur et une autorité publique entièrement attaché à la défense de l’égalité des chances et exigeant de chacun de ses employés qu’il agisse d’une manière n’opérant aucune discrimination à l’encontre d’autrui ”* ”.

L’étude des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme et de leurs enseignements relève d’une casuistique sans doute inévitable, compte tenu de la nature du contrôle opéré. Ce contrôle obéit en effet au principe de subsidiarité inhérent au mécanisme européen de protection des droits de l’homme et se trouve donc, de ce fait, tributaire de circonstances de droit et de fait propres à chaque espèce, rendant la comparaison de chacune d’elle délicate à réaliser.

Quelques constantes des affaires examinées dans l’arrêt Eweida méritent cependant d’être relevées, aux fins de l’examen du présent pourvoi :

- les buts poursuivis, quoique tous considérés comme légitimes, paraissent devoir être hiérarchisés, selon qu’ils constituent, comme la liberté religieuse à laquelle ils sont confrontés, des “ *droits concurrents tirés de la Convention* ” ou d’autres types de valeurs, telle que l’image véhiculée par la marque et le personnel d’une société ;

²²⁷ Ibid., § 3. Les quatre affaires concernent, respectivement, Mme Eweida, Mme Chaplin, Mme Ladele et M. Mc Farlane.

- dans l'affaire Eweida, proprement dite, les "*instances nationales, en particulier les tribunaux, disposent d'une marge d'appréciation*"²²⁸, alors que, dans les autres, où sont en jeu les principes de non-discrimination ou de santé et de sécurité, la marge d'appréciation des Etats est jugée "*étendue*"²²⁹ ;

- dans les affaires Eweida et Chaplin, où le port d'une croix sur le lieu de travail était revendiqué comme la manifestation d'une conviction religieuse, la Cour a relevé que l'importance de cette revendication devait "*peser lourdement dans la balance*"²³⁰ ;

- dans les affaires Ladele et Mc Farlane, la Cour a relevé comme étant un élément à prendre en considération, bien que parmi d'autres, la connaissance ou l'ignorance, par l'employé, de l'existence de l'obligation constitutive de l'ingérence litigieuse, au moment de son engagement²³¹.

L'assemblée plénière examinera à la lumière, notamment, de ces éléments d'appréciation de la proportionnalité de restrictions à la liberté religieuse, la neuvième branche du premier moyen et les motifs de l'arrêt attaqué qu'elle critique.

- Le contrôle de proportionnalité des restrictions dans les entreprises de tendance

Il importe, là encore, de tenter de cerner le cadre dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme inscrit son propre raisonnement pour tenter de délimiter la frontière au-delà de laquelle le raisonnement du juge national s'exposerait à un risque d'inconventionnalité.

²²⁸Ibid., § 94. Dans cette affaire, la liberté religieuse, droit fondamental, a été considérée comme devant prévaloir sur la volonté de l'employeur de projeter une certaine image commerciale, de sorte que la prohibition de porter une croix sur soi de manière visible a été jugée attentatoire à ce droit.

²²⁹Ibid., § 99, 106 et 109.

²³⁰Ibid., § 99. Dans l'affaire Chaplin, cependant, la protection de la santé et de la sécurité a été jugé "*par nature plus importante*" que la liberté religieuse, d'autant que la marge d'appréciation de l'Etat était étendue.

²³¹Dans l'arrêt Eweida, la Cour de Strasbourg est d'ailleurs revenue sur sa doctrine dite de "*la liberté contractuelle*", qui impliquait que l'employé renonçait à son droit de manifester ses convictions religieuses en signant un contrat de travail qui comportait des restrictions à un tel droit, jugeant que "*bien que la Cour estime que la décision que prend une personne de signer un contrat de travail et d'assumer des responsabilités dont celle-ci sait qu'elles auront des répercussions sur sa liberté de manifester sa conviction religieuse n'est pas concluante sur la question de l'existence d'une ingérence dans les droits découlant de l'article 9, il s'agit d'un élément à mettre en balance lorsqu'il faut rechercher si un juste équilibre a été ménagé*" § 109.

Par ses arrêts *Siebenhaar*, *Obst* et *Schüth*, précités, relatifs aux entreprises de tendance, la Cour de Strasbourg livre les traits essentiels de son raisonnement, fondé sur le contrôle du respect par l'Etat en cause de ses obligations positives.

L'objectif est de déterminer si le juge national a suffisamment démontré que “*les obligations de loyauté*” imposées à l'employé licencié “*étaient acceptables en ce qu'elles avaient pour but de préserver la crédibilité de [l'employeur]*”²³²”²³³.

La Cour constate d'abord que l'Etat en cause, “*en mettant en place un système de juridictions du travail ainsi qu'une juridiction constitutionnelle compétente pour contrôler les décisions rendues par celles-ci, (...) a en principe respecté ses obligations positives à l'égard des justiciables dans le domaine du droit du travail, domaine où les litiges peuvent toucher les droits découlant de l'article 9 de la Convention*”, de sorte que le requérant a eu la possibilité de porter son affaire devant le juge du travail appelé à examiner la licéité du licenciement litigieux et à mettre en balance les intérêts divergents de l'employé et de l'employeur²³⁴.

Elle relève également que le juge national s'est amplement référé aux principes établis par la Cour constitutionnelle de l'Etat concerné et, en particulier, à celui selon lequel le droit du travail ne peut ignorer le caractère propre de l'employeur, pourvu que les règles dont celui-ci se prévaut à ce titre ne soient pas en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique national²³⁵.

La Cour de Strasbourg décrit ensuite l'application qui a été faite, par les juges nationaux, de “*ces critères au cas du requérant*”, relevant, dans les arrêts *Siebenhaar* et *Obst*, chacun des points qui lui apparaissent justifier la conclusion que l'Etat en cause avait garanti aux requérants une protection suffisante au regard de l'article 9 de la Convention²³⁶.

Dans l'arrêt *Siebenhaar*, les principaux points sont, en substance, les suivants : la règle violée par la requérante (prohibition d'appartenir ou de participer à une organisation dont les objectifs sont en contradiction avec les missions de l'Eglise protestante, employeur, qui peut imposer à ses employés de s'abstenir d'activités mettant en doute leur loyauté envers elle et d'adopter une conduite professionnelle et privée conforme à ces exigences) était inscrite dans son contrat de travail et dans la

²³²Rappelons que, dans les trois arrêts, l'employeur est une “*communauté religieuse*”.

²³³Ce motif figure dans deux des trois arrêts : *Siebenhaar*, § 46; *Obst*, § 51, préc.

²³⁴CEDH, arrêts *Siebenhaar*, § 42; *Obst*, § 45; *Schüth*, § 59, préc.

²³⁵CEDH, arrêts *Siebenhaar*, § 43; *Obst*, § 46; *Schüth*, § 60, préc.

²³⁶CEDH, arrêts *Siebenhaar*, § 44; *Obst*, § 47 à 49, préc.

réglementation régissant celui-ci ; le comportement de la requérante (déclarations signées par la requérante et incompatibilité des enseignements de l'Eglise universelle, dont elle était membre, avec ceux de l'Eglise protestante) avait méconnu cette règle ; risque que l'engagement de la requérante ait des répercussions sur son travail ; intérêt de l'Eglise protestante de rester crédible et "*d'éviter tout risque d'influence sur des enfants par une éducatrice membre d'une confession en contradiction avec les préceptes de l'Eglise protestante gérant le jardin d'enfants*" ; prise en compte de la courte durée de l'emploi de la requérante et de son jeune âge²³⁷.

Dans l'arrêt *Obst*, ces points sont les suivants : la règle violée par le requérant (les exigences de l'Eglise mormone concernant la fidélité dans le mariage) n'est pas en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique national ; l'Eglise mormone n'avait pu fonder le licenciement sur l'adultère du requérant que parce que les informations touchant à l'adultère avaient été portées à sa connaissance par l'intéressé lui-même ; le licenciement était une mesure nécessaire visant à la préservation de la crédibilité de l'Eglise mormone, compte tenu de la nature du poste occupé par le requérant et de l'importance de la fidélité absolue au conjoint au sein de l'Eglise ; le préjudice subi par le requérant à la suite du licenciement était limité eu égard à son âge, à son ancienneté dans l'emploi, et à la conscience qu'il aurait dû avoir de la gravité de ses actes (relation extra-conjugale durable) ; le licenciement pouvait être fondé sur le contrat de travail et celui-ci était conforme à la loi.

Dans ces deux arrêts, la Cour de Strasbourg considère que les juges nationaux ont pris en compte tous les éléments pertinents et ont procédé à une mise en balance circonstanciée et approfondie des intérêts en jeu. Elle a admis qu'ils aient pu accorder aux intérêts de l'employeur plus de poids qu'à ceux du requérant. La Cour a, enfin, jugé que les conclusions des juridictions du travail, selon lesquelles le requérant n'avait pas été soumis à des obligations inacceptables, ne paraissaient pas déraisonnables, soulignant à l'appui de cette constatation que le requérant était ou devait être conscient, lors de la signature du contrat de travail, de l'importance de l'éthique dont se prévalait son employeur²³⁸.

Dans l'arrêt *Schüth*, en revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé qu'elle ne pouvait que constater "*le caractère succinct du raisonnement des juridictions du travail en ce qui concerne les conséquences que celles-ci ont tirées du comportement du requérant*", rappelant la nécessité pour le juge de procéder à un contrôle approfondi de la décision de licenciement et jugeant que l'Etat concerné n'avait pas procuré à ce dernier la protection nécessaire²³⁹.

²³⁷§ 44.

²³⁸CEDH, arrêts *Siebenhaar*, § 45 et 46; *Obst*, § 49 et 50, préc.

²³⁹CEDH, arrêt *Schüth*, § 66, 69 et 75, préc.

Il résulte de ces arrêts divers enseignements qu'il convient de prendre en considération. Le contrôle du juge national doit être approfondi. La marge de manoeuvre de l'Etat concerné n'en demeure pas moins étendue, pourvu que les éléments clés de la mise en balance des intérêts divergents de l'employeur de l'entreprise de tendance et de l'employé licencié aient été examinés : compatibilité du caractère propre de l'entreprise avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique national; identification et connaissance par l'employé de la règle invoquée par son employeur et inspirée par la " *tendance*" de l'entreprise ; comportement de l'employé à l'origine du licenciement; nécessité du licenciement au regard de la crédibilité de l'entreprise ; préjudice causé par le licenciement.

L'assemblée plénière pourra être amenée à tenir compte de ces éléments lors de l'examen de la première branche du deuxième moyen.

Les autres moyens du présent pourvoi reposent sur le droit commun du licenciement.

C - Les règles applicables en matière de licenciement

Invoquée par les quatrième et cinquième moyens, la violation des règles de droit applicables en matière de licenciement est fondée sur la prémisse selon laquelle, d'une part, le licenciement litigieux serait nul comme ayant été prononcé en violation d'une liberté ou d'un droit fondamental ou pour un motif discriminatoire, de sorte qu'aucun des autres motifs de licenciement retenus à l'encontre de Mme Y... ne serait de nature à le justifier (1°), et, d'autre part, le licenciement prononcé pour faute grave serait fondé sur le seul comportement adopté par Mme Y... après son refus d'ôter son voile, constatation insusceptible de justifier une telle mesure (2°).

L'association Baby-Loup objecte que, en tout état de cause, il n'est pas douteux que l'opposition vive et menaçante de Mme Y... à sa décision suffisait à caractériser l'existence d'une faute grave.

1°) La nullité du licenciement fondé sur le refus de Mme Y... d'ôter son voile, exclusive de tout autre motif de licenciement (quatrième moyen)

Par les griefs invoqués au titre de ce moyen, Mme Y... se place dans l'hypothèse où son licenciement, en ce qu'il est fondé sur le refus d'ôter son voile, serait nul.

En pareil cas, ce motif présentant un caractère "*contaminant*", il n'y aurait pas lieu d'examiner les autres motifs visés par la lettre de licenciement (a). En particulier, le refus de Mme Y... de se soumettre à la mise à pied conservatoire prononcée à son encontre, tout comme le comportement dont elle aurait fait preuve en réaction à l'ordre illicite qui lui aurait été donné d'ôter son voile, ne seraient pas de nature à justifier son

licenciement, en l'absence de faute grave caractérisée par ce refus (b). La cour d'appel aurait également dû, selon Mme Y..., examiner préalablement le grief susceptible de provoquer la nullité du licenciement, en l'espèce, le caractère licite du refus d'ôter son voile, ce qu'elle se serait abstenue de faire (c).

a - Sur l'existence d'un motif dit "contaminant" (première branche du quatrième moyen)

Se référant à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans lequel cette dernière a jugé que le caractère illégitime de l'un des motifs retenus par une autorité administrative pour justifier sa décision de refus d'agrément en vue d'une adoption avait pour effet de "contaminer" l'ensemble de la décision²⁴⁰, Mme Y... invoque la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui raisonnerait de manière comparable.

Il résulte en effet de plusieurs arrêts de la chambre sociale que, lorsqu'ils retiennent que l'un des motifs invoqués par l'employeur au soutien du licenciement d'un employé justifie la nullité du licenciement, les juges du fond ne sont pas tenus, si ce motif procède de la violation d'une liberté fondamentale ou est discriminatoire, d'examiner les autres faits reprochés à l'employé dans la lettre de licenciement.

Ainsi que l'a souligné M. Adam, "la première cause disqualifie toutes les autres ou du moins fait obstacle à leur prise en compte judiciaire"²⁴¹. M. Perrin explique que "l'énonciation d'un motif illicite dans la lettre de licenciement démontre à elle seule que la décision n'est pas étrangère à la prise en considération du motif illicite alors que celui-ci ne peut être pris en compte"²⁴².

Il en a été décidé ainsi dans des cas d'annulation d'un licenciement fondé sur des faits de harcèlement moral à l'encontre d'employés auxquels étaient parfois aussi reprochés des faits d'insolence, de violences verbales, d'insultes et d'insubordination²⁴³ ou un comportement injurieux et agressif²⁴⁴, ainsi que l'illustrent les extraits d'arrêts suivants.

²⁴⁰CEDH, E. B. c/France, arrêt du 22 janvier 2008, n° 43546/02, § 80.

²⁴¹P. Adam, "Harcèlement moral : quand dénoncer n'est pas fauter !", Revue de droit du travail, 2009, p. 453.

²⁴²L. Perrin, "Le licenciement du salarié gréviste : pluralité de motifs", Recueil Dalloz 2009, p. 2112.

²⁴³Cass., soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 08-43.067.

²⁴⁴Cass., soc., 29 juin 2011, Bull. V., 168.

Cass., soc., 10 mars 2009, Bull. V, n° 66

“ Vu les articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail ;

Attendu qu'aux termes du premier de ces textes aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés ; que selon le second, toute rupture de contrat de travail intervenue en méconnaissance des articles L. 1152-1 et L. 1152-2 du code du travail, toute disposition ou tout acte contraire est nul ; qu'il s'en déduit que le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis ;

Attendu que pour décider que le licenciement de M. G... reposait sur une cause réelle et sérieuse et le débouter de sa demande de dommages-intérêts pour rupture abusive, l'arrêt retient que le fait pour un salarié d'imputer à son employeur, après en avoir averti l'inspection du travail, des irrégularités graves dont la réalité n'est pas établie, et de reprocher des faits de harcèlement à un supérieur hiérarchique sans les prouver, caractérise un abus dans l'exercice de la liberté d'expression et constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le grief tiré de la relation des agissements de harcèlement moral par le salarié, dont la mauvaise foi n'était pas alléguée, emportait à lui seul la nullité de plein droit du licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ”.

Cass., soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 08-43.067

“ Attendu que la société Casino de Menton fait grief à l'arrêt de dire que M. H... a été victime de harcèlement moral, d'annuler son licenciement et de la condamner à lui verser diverses sommes, alors, selon le moyen :

1° que sont sanctionnés les agissements répétés de harcèlement moral à la condition qu'ils aient pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ; qu'en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait se contenter de retenir que les modifications apportées à la situation du salarié doivent être qualifiées de harcèlement moral dès lors qu'elles s'inscrivent dans un "contexte manifestement conflictuel", sans violer l'article L. 122-49 du code du travail, recodifié aux articles L. 1152-1, L. 1152-2 et L. 1152-3 nouveaux ;

2° qu'en ne recherchant pas si, indépendamment même du contexte conflictuel qui opposait la société Casino de Menton à M. H..., ce dernier ne s'était pas rendu coupable d'insolence, de violences verbales, d'insultes et d'insubordination, de nature à justifier à elles seules son licenciement pour faute grave, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 122-6, L. 122-14-3 et L. 122-14-4 du code du travail, recodifiés aux articles L. 1234-1, L. 1235-1, L. 1232-1, L. 1233-2, L. 1235-9, L. 1235-2, L. 1235-3, L. 1235-11, L. 1235-4, L. 1235-12 et L. 1235-13 nouveaux ;

Mais attendu que peuvent constituer un harcèlement moral des agissements ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté qu'à compter du mois d'avril 2006, le supérieur hiérarchique de M. H... avait modifié l'emploi du temps de ce dernier sans qu'il soit établi que cette modification était

nécessaire ou correspondait à un usage de l'établissement, qu'à partir du mois de mai suivant, l'intéressé avait été le seul à être affecté aux jeux anglais considérés, parce qu'impliquant la subordination à un chef de table et à des employés plus jeunes et moins expérimentés que lui, comme moins prestigieux que la roulette française dont il avait la charge auparavant, sans, là encore, que l'employeur justifie de raisons objectives à ce changement et relevé encore le caractère injustifié des reproches publics adressés à M. H... par son supérieur le 24 juin 2006 à propos de sa coupe de cheveux ; qu'en l'état de ces motifs dont elle a déduit à bon droit, qu'en l'absence de justification de ces agissements par l'employeur par des éléments étrangers à tout harcèlement, celui ci était caractérisé et qu'il emportait à lui seul la nullité du licenciement, la cour d'appel qui n'avait pas, dès lors, à statuer sur d'éventuels manquements du salarié allégués par l'employeur, n'encourt aucun des griefs du moyen ”.

Cass., soc., 29 juin 2011, Bull. V, n° 168

“ Attendu que l'AHNAC fait grief à l'arrêt de prononcer la nullité du licenciement et de la condamner en conséquence à payer diverses indemnités et rappels de salaires, alors, selon le moyen :

1° qu'est nul le licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié pour et seulement pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés ; qu'en l'espèce, il résulte des termes de l'arrêt que Mme I... a été licenciée à raison notamment de son comportement injurieux et agressif dont la cour a relevé qu'il était établi ; qu'estimant cependant que ce comportement devait être replacé dans le contexte de harcèlement dont elle faisait l'objet, la cour d'appel en a conclu qu'il ne revêtait pas le caractère fautif justifiant un licenciement ; qu'en prononçant cependant la nullité de ce licenciement pour avoir été prétendument prononcé en méconnaissance des articles L. 1152-1 et L. 1152-2 du code du travail, quand elle pouvait seulement déduire de ses propres constatations qu'il était dépourvu de cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé articles L. 1152-1 et L. 1152-2 du code du travail ;

2° que le harcèlement dont un salarié serait victime ne peut ni justifier qu'il injurie ses collègues ou ses subalternes ni même qu'il adopte un comportement de dénigrement systématique à leur égard ; qu'en affirmant le contraire pour refuser de retenir le bien fondé du licenciement de Mme I..., la cour d'appel a violé les articles L. 1152-1, L. 1152-2, L. 1234-9 et L. 1235-3 du code du travail ;

3° que les juges du fond doivent examiner tous les griefs invoqués dans la lettre de licenciement ; qu'en n'examinant pas le grief spécifique pris d'un dysfonctionnement dans l'exercice des fonctions médicales du docteur I... qui faisait un grand nombre d'actes sur un petit nombre de patients, la cour d'appel a violé les articles L. 1235-3 et L. 1235-9 du code du travail ;

Mais attendu qu'il résulte des articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail que le licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral est nul ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le harcèlement était caractérisé et que le comportement reproché à la salariée était une réaction au harcèlement moral dont elle avait été victime, n'avait pas à examiner les autres faits énoncés dans la lettre de licenciement ; que le moyen ne peut être accueilli ”.

Cette jurisprudence a trouvé à s'appliquer dans des cas de discrimination, parfois associés à des propos jugés diffamatoires ou excessifs.

Cass., soc., 2 juin 2010, Bull. V, n° 124

“ Mais attendu qu'il résulte de l'arrêt que M. J... a été licencié notamment en raison de propos jugés diffamatoires tenus à l'égard de collaborateurs de l'entreprise soit lors de réunions du comité d'entreprise soit dans une lettre du 18 novembre 2005 à en-tête du syndicat auquel il appartenait ; que, dès lors que le motif ainsi invoqué, qui laisse supposer l'existence d'une discrimination en raison des activités syndicales du salarié, se rapporte à des faits commis pendant la période de protection dont bénéficiait l'intéressé, ce qui exclut que le juge judiciaire puisse vérifier si ces faits étaient réels et constituaient des éléments objectifs étrangers à toute discrimination susceptibles de justifier la rupture par l'employeur du contrat de travail, ce motif du licenciement, tiré des activités syndicales du salarié, emporte à lui seul la nullité du licenciement ”.

Cass., soc., 12 octobre 2012, pourvois n° 11-24.379 et 11-24.605

“ Attendu que la société Total fait grief à l'arrêt de dire que le licenciement de M. K... était entaché de nullité, et, en conséquence, d'une part, d'ordonner sa réintégration au sein des effectifs de la société Total dans son ancien emploi aux mêmes conditions que celles dont il bénéficiait, notamment en ce qui concerne les options d'achat d'actions et les actions gratuites, d'autre part, de condamner la société Total à verser au salarié des sommes à titre d'indemnité en réparation du préjudice subi pour la période arrêtée au 4 avril 2001, en ce compris les congés payés, déduction faite des revenus de remplacement, alors, selon le moyen :

1° que la lettre de licenciement fixe les limites du litige ; que s'il est interdit à l'employeur d'ajouter de nouveaux griefs à la lettre de licenciement ultérieurement, le juge ne peut pas davantage prendre en considération un motif de licenciement qui n'a pas été énoncé dans la lettre de licenciement ; qu'en considérant que l'employeur avait motivé le licenciement de M. K... pour avoir relaté une discrimination dont il s'estimait victime cependant que la lettre de licenciement ne faisait que rapporter les propos et les écarts de langage qu'avaient tenus le salarié pour se prévaloir de cette prétendue discrimination, et qu'il n'y était nullement mentionné ou sous-entendu que le motif de licenciement reposait sur la circonstance que le salarié se serait prévalu de la prétendue discrimination, la cour d'appel, qui a examiné un motif de licenciement qui ne figurait pas dans la lettre de licenciement, a violé l'article L. 1232-6 du code du travail ;

2° que les juges du fond ne doivent pas dénaturer les documents de la cause qui leur sont soumis ; qu'en jugeant que le salarié aurait été licencié pour avoir relaté une discrimination dont il s'estimait victime quand l'employeur justifiait le licenciement du salarié pour avoir commis un manquement à son obligation de loyauté et un exercice abusif de sa liberté d'expression, la cour d'appel a violé le principe obligeant le juge à ne pas dénaturer les documents de la cause ;

3° qu'il appartient au juge de se prononcer sur l'ensemble des griefs invoqués par l'employeur dans la lettre de licenciement qui fixe les limites du litige et que le juge ne peut écarter sans les examiner des griefs énoncés dans la lettre de licenciement ; que les accusations mensongères d'un salarié constituant des propos diffamatoires et excessifs tenus publiquement caractérisent un abus de sa liberté d'expression justifiant un licenciement pour faute grave ; qu'en écartant sans les examiner les faits reprochés au salarié, la cour d'appel a violé l'article L. 1232-6 du code du travail ;

4° que, sauf mauvaise foi, un salarié ne peut être sanctionné pour avoir dénoncé des faits de discrimination qu'il aurait prétendument subis ; qu'en jugeant que le licenciement était entaché de nullité aux motifs que l'employeur aurait motivé le licenciement de M. K... pour avoir relaté des faits de discrimination sans même rechercher ainsi qu'elle y était invitée par l'employeur si le salarié n'avait pas agi de mauvaise foi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-1, L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1132-3 et L. 1132-4 du code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que contrairement aux énonciations du premier grief du moyen, la cour d'appel a relevé hors toute dénaturation qu'il résultait précisément des termes de la lettre de licenciement que le licenciement était, notamment, consécutif au fait que le salarié avait remis en cause les avenants à son contrat de travail du 1er juillet et du 4 août 2003 en invoquant une discrimination aggravée d'extorsion et qu'il s'inscrivait dans un procès d'intention permanent à propos de ces faits ;

Attendu, ensuite, qu'ayant rappelé les dispositions des articles L. 1132-3 et L. 1132-4 du code du travail, la cour d'appel, devant laquelle il n'était pas soutenu que le salarié avait été de mauvaise foi dans la relation de ces faits et qui n'avait pas à examiner les autres griefs énoncés dans la lettre de licenciement, en a justement déduit que le licenciement était nul”.

Dans l'arrêt du 19 mars 2013, précité, prononcé dans la présente affaire, la chambre sociale a jugé que “ *le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, était nul, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs visés à la lettre de licenciement*”.

L'association Baby-Loup, sans remettre en cause le principe du raisonnement fondé sur l'existence éventuelle d'un motif “ *contaminant*”, conteste l'application de ce principe en l'espèce.

Elle fait valoir que “ *nul “effet contaminant” de [l'] illicéité alléguée ne saurait être invoqué*”, dès lors que le comportement de Mme Y... a “ *largement excédé ce que la prétendue illicéité de la décision de l'employeur aurait éventuellement pu justifier*” et que la situation litigieuse, au contraire de la situation en cause dans l'arrêt E. B. c/ France, précité, où “ *les deux motifs d'une même décision étaient étroitement liés l'un à l'autre (...), les menaces et gestes d'agressivité de la salariée sont en l'espèce parfaitement dissociables de la décision initiale de mise à pied et n'en sont pas la conséquence inéluctable*”²⁴⁵.

Dans les affaires dans lesquelles elle s'est plus précisément prononcée sur des faits prétendument fautifs, dont il était soutenu ou jugé qu'ils étaient dissociables les uns des autres, la Cour de cassation a semblé admettre que certains d'entre eux puissent présenter un caractère fautif justifiant un licenciement, en dépit de l'illicéité des faits initiaux à l'origine de la procédure de licenciement.

Dans l'arrêt suivant, elle n'a pas tenu compte du caractère éventuellement dissociable des faits.

Cass., soc., 8 juillet 2009, Bull. V, n° 172

“ *Vu l'article L. 2511 du code du travail ;*

Attendu que l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ; que tout licenciement prononcé en l'absence de faute lourde est nul de plein droit ;

²⁴⁵Mémoire en défense, p. 66.

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un mouvement de grève a eu lieu le 31 décembre 2006 au sein du Casino d'Evau-les-Bains ; que M. L... et Mme M..., employés respectivement comme croupier et "caissière boule", ont été licenciés le 6 février 2007 pour faute grave, leur employeur leur reprochant, d'une part, leur absence injustifiée et l'instauration d'un climat conflictuel, faits commis dans la journée du 31 mai 2006, et, d'autre part, des faits de harcèlement, menaces et insultes proférées à l'égard d'autres salariés ; que, soutenant que leur licenciement était nul, ils ont saisi en référé la juridiction prud'homale d'une demande de réintégration et en paiement de sommes à titre de provision sur salaires ;

Attendu que pour rejeter leurs demandes, l'arrêt retient que les faits autres que ceux en relation avec la grève sont distincts de la participation à celle-ci et constitueraient, s'ils étaient établis, une cause réelle et sérieuse de licenciement ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de faute lourde, le caractère illicite du motif du licenciement tiré de la participation à une grève emporte à lui seul la nullité de ce licenciement, la cour d'appel, qui avait constaté qu'aucune faute lourde n'était reprochée aux deux salariés, a violé le texte susvisé”.

En revanche, dans l'arrêt du 2 février 2011, la Cour de cassation admet que certains comportements du salarié consécutifs à une mise à pied conservatoire injustifiée, lorsqu'ils constituent des faits distincts du seul refus de se soumettre à la mise à pied, puissent caractériser une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Cass., soc. 2 février 2011, pourvoi n° 09-67.096

“ Mais attendu que la cour d'appel, procédant à la recherche prétendument omise par la deuxième branche, a retenu à bon droit que si la réaction initiale du salarié de refuser d'exécuter la mise à pied conservatoire était légitime en l'absence de faute grave, sa discussion de la décision de son supérieur hiérarchique pendant une heure au sein de l'entreprise cliente obligeant les gardiens de sécurité de celle-ci à intervenir était fautive comme l'était l'altercation violente avec son collègue ; que le moyen n'est pas fondé ”.

Pour statuer sur le présent grief, l'assemblée plénière pourrait être amenée à se prononcer sur le caractère transposable à la présente affaire des arrêts précités.

b - Sur le caractère non fautif du refus de Mme Y... de se soumettre à la mise à pied conservatoire et des autres griefs à elle reprochés, en l'absence de faute grave constituée par le refus d'ôter son voile (deuxième et troisième branches du quatrième moyen)

Mme Y... soutient, d'une part, que le refus de se soumettre à la mise à pied conservatoire ne peut justifier son licenciement, en l'absence de faute grave caractérisée par son refus d'ôter son voile (deuxième branche).

La chambre sociale s'est prononcée sur la question de savoir si le refus du salarié de se soumettre à la mise à pied conservatoire prononcée à son égard était fautif.

Cass., soc. 20 mars 1996, Bull. V, n° 102

“ Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 122-41 du Code du travail ;

Attendu que M. N..., au service de la société Climats, en qualité d'aide-monteur électricien, a, par lettre du 29 mars 1990, été mis à pied à titre conservatoire pour avoir organisé le 28 mars 1990 un repas, à titre privé, au réfectoire de l'entreprise sans avoir obtenu l'autorisation de l'employeur ; que, par lettre du 19 avril 1990, le salarié a été licencié pour faute grave ;

Attendu que, pour débouter le salarié de sa demande de rappel de salaire correspondant à la période de mise à pied, l'arrêt attaqué a retenu que le fait de refuser d'exécuter une mise à pied conservatoire, serait-elle injustifiée, suffit à caractériser la faute grave ; que dès lors, sans avoir à rechercher si la décision de mise à pied prise par l'employeur était justifiée ou non, il apparaissait que le licenciement pour faute grave était justifié ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les faits qu'elle avait retenus pour caractériser la faute grave étaient différents de ceux qui avaient motivé la mise à pied conservatoire et que seule la qualification de faute grave de ces derniers faits était de nature à justifier le non-paiement des salaires pendant la mise à pied, la cour d'appel a violé le texte susvisé ”.

Cass., soc., 3 décembre 2002, pourvoi n° 00-44.080

“ Attendu, cependant, que le refus par le salarié d'exécuter une mise à pied conservatoire n'est fautif et ne peut le priver du paiement du salaire correspondant à la durée de celle-ci qu'autant que son comportement antérieur est de nature à justifier une telle mesure en ce qu'il caractérise une faute grave constitutive d'une cause de licenciement disciplinaire ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, sans vérifier le bien-fondé de la mise à pied conservatoire notifiée à M. O..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ”.

Cass., soc. 12 octobre 2005, Bull. V, n° 284

“ Sur le moyen unique :

Vu les articles L. 122-6 et L. 122-8 du Code du travail ;

Attendu que pour dire fondé sur une faute grave le licenciement, prononcé le 19 janvier 2001, de M. P..., superviseur de projet à la société CBI, la cour d'appel a retenu que son refus de se soumettre à la mesure de mise à pied conservatoire ordonnée verbalement par l'employeur, dicté par la volonté de bafouer l'autorité du chef d'entreprise, justifiait à lui seul l'existence d'une faute grave ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté qu'aucune faute ne pouvait être reprochée au salarié, en sorte que la mise à pied conservatoire qui n'était pas justifiée avait été prononcée à tort, la cour d'appel a violé les textes susvisés ”.

Mme Y... fait valoir, d'autre part, que n'est pas fautif le comportement d'un salarié qui n'est que l'expression du refus de se conformer à une décision illicite de

l'employeur (troisième branche), tel un abandon de poste ou un comportement agressif et injurieux adopté en réaction au harcèlement moral dont l'employée a été victime.

Les extraits d'arrêts illustrant cette argumentation sont les suivants :

Cass., soc. 31 mai 2011, pourvoi n° 09-42.378

“ Mais attendu que l'abandon de poste reproché à la salariée n'étant que l'expression du refus par celle-ci de se conformer à la décision illicite de l'employeur, le rejet du premier moyen emporte nécessairement le rejet du second ”.

Cass., soc. 29 juin 2011, Bull. V, n° 168, précité

“ Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que le harcèlement était caractérisé et que le comportement reproché à la salariée était une réaction au harcèlement moral dont elle avait été victime, n'avait pas à examiner les autres faits énoncés dans la lettre de licenciement ”.

Aux griefs selon lesquels ne seraient fautifs ni le refus de Mme Y... de se soumettre à une mise à pied conservatoire ni son comportement, lequel ne serait que l'expression, aussi vive soit-elle, du refus de se conformer à une décision illicite de son employeur, l'association Baby-Loup répond que Mme Y... “ *ne s'est pas bornée à refuser d'exécuter la décision de mise à pied* ”, mais qu’*elle a aussi provoqué de vives altercations physiques avec ses collègues et a proféré des graves menaces en présence des enfants alors confiés au personnel de la crèche* ”, de sorte que tout lien entre la prétendue illicéité de la décision de l'employeur et le comportement de l'employée serait rompu²⁴⁶. L'association invoque les arrêts suivants, qui caractériseraient, en cas d'abus, la reconnaissance du caractère fautif du comportement du salarié.

Cass., soc. 19 juin 1991, Bull. V, n° 310

“ Mais attendu, d'une part, que les juges du fond ont relevé que la lettre de licenciement invoquait comme seul motif les propos tenus par la salariée au cours de l'entretien préalable ; que les limites du litige étant ainsi fixées, ils n'avaient pas à examiner d'autres griefs allégués par l'employeur en cours d'instance ;

Attendu, d'autre part, qu'ils ont décidé, à bon droit, que les paroles prononcées par la salariée, pour réfuter le grief invoqué contre elle au cours de l'entretien préalable pendant lequel l'employeur était tenu de recueillir ses explications sur les motifs de la décision envisagée conformément aux dispositions de l'article L. 122-14 du Code du travail, ne pouvaient pas, sauf abus, constituer une cause de licenciement ”.

Cass., soc. 8 janvier 1997, Bull. V, n° 5

²⁴⁶Mémoire en défense, p. 65 et 66.

“ Qu'en statuant ainsi, alors que la mention dans la lettre de licenciement de "fautes professionnelles exposées dans de précédents courriers" ne constitue pas l'énoncé des motifs exigé par la loi et que les paroles prononcées par un salarié au cours de l'entretien préalable à une sanction disciplinaire ne peuvent, sauf abus, constituer une cause de licenciement, la cour d'appel a violé les textes susvisés ”.

Cass., soc. 15 novembre 2005, pourvoi n° 03-46.697

“ Mais attendu que l'arrêt confirmatif n'encourt pas les griefs du moyen dès lors qu'il a constaté que le salarié qui était sous-directeur, statut cadre, après avoir reçu un avertissement en raison d'un manque de contrôle et d'un comportement irrespectueux à l'égard de son PDG, a agressé son responsable hiérarchique en lui disant «tu me casses les couilles», en le menaçant de l'index et en tentant de lui arracher des mains un dossier en lui reprochant de s'occuper de ce qui ne le regardait pas et qu'il ressort nécessairement de ces constatations que le salarié a manqué de respect envers son employeur de sorte que la cour d'appel a pu retenir qu'il avait commis une faute grave ”.

Cass., soc. 30 octobre 2000, pourvoi n° 98-45.339

“ Attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a estimé que la preuve était rapportée de menaces de mort proférées par M. Q... envers un autre salarié de l'entreprise sur les lieux du travail, a ainsi fait ressortir que ce grief, énoncé dans la lettre de licenciement était matériellement vérifiable, et qu'elle a motivé le rejet de la demande de rappel de salaire en retenant qu'elle s'appliquait à une période de mise à pied conservatoire ”.

L'arrêt du 2 février 2011, précité, évoqué à l'occasion de l'examen du grief relatif à l'existence d'un motif contaminant²⁴⁷ paraît également pouvoir être cité.

c - Sur le défaut d'examen préalable du grief pris du caractère licite du refus d'ôter le voile (quatrième branche du quatrième moyen)

Selon Mme Y..., le présent grief, qui reproche à la cour d'appel de Paris de ne pas avoir recherché si le refus d'ôter son voile pouvait être sanctionné sur le plan disciplinaire, est invoqué dans l'hypothèse où l'arrêt attaqué pourrait être “*analysé comme n'ayant pas adopté les motifs des premiers juges, qui ne sont cependant pas contraires*”²⁴⁸.

On rappellera que, dans son jugement du 13 décembre 2010, le conseil de prud'hommes a retenu le motif d'insubordination comme étant au nombre des motifs du licenciement de Mme Y... et a décrit le refus par cette dernière “*de retirer son voile le 9 décembre 2008 à sa reprise de travail malgré les demandes réitérées de sa direction*” comme l'une des composantes de l'insubordination en cause. Il s'en déduit que, selon les premiers juges, ce refus constituait l'un des motifs du licenciement.

²⁴⁷Voir IV, C, 1°), a, p. 96 du présent rapport.

²⁴⁸Mémoire ampliatif, p. 60.

La lecture de l'arrêt attaqué sur laquelle repose le présent grief pourrait se réclamer de la description faite par la cour d'appel du comportement de Mme Y... à l'origine de son licenciement. Celui-ci est décrit, dans l'arrêt attaqué, comme ayant consisté "à se maintenir sur les lieux de travail après notification de la mise à pied conservatoire consécutive au refus d'ôter son voile islamique " et "à faire preuve d'agressivité envers les membres de la direction et de ses collègues de la crèche dans les conditions et selon les circonstances relatées par la lettre de licenciement", avant d'être ainsi qualifié : " ce comportement, alors que la mise à pied reposait (...) sur un ordre licite de l'employeur au regard de l'obligation spécifique de neutralité imposée à la salariée par le règlement intérieur de l'entreprise, caractérise une faute grave nécessitant le départ immédiat de [Mme Y...]" et justifiant son licenciement²⁴⁹.

Interprété selon ces seuls motifs, l'arrêt attaqué devrait être considéré comme fondant le licenciement litigieux sur le maintien de Mme Y... sur son lieu de travail, en dépit de sa mise à pied conservatoire, et sur l'agressivité manifestée par cette dernière à l'égard de son entourage professionnel.

Avant de se prononcer sur le présent grief, l'assemblée plénière devra déterminer si, en application de l'article 955 du code de procédure civile, la cour d'appel a adopté, comme n'étant pas contraires aux siens, les motifs du jugement du conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie du 13 décembre 2010.

2°) La nullité du licenciement fondé sur le comportement adopté par Mme Y... après son refus d'ôter son voile (cinquième moyen)

Pour soutenir les griefs du présent moyen, Mme Y... se place dans l'hypothèse, déjà évoquée, où l'arrêt attaqué devrait être interprété comme justifiant son licenciement par le seul comportement qu'il lui a été reproché d'avoir eu après le refus d'ôter son voile.

Si elle devait retenir une telle interprétation de l'arrêt attaqué, l'assemblée plénière serait amenée à examiner les deux griefs invoqués, dirigés, respectivement, le premier contre le motif de licenciement pris du maintien de Mme Y... sur les lieux, le second contre le motif pris de l'agressivité manifestée par celle-ci.

a - Sur le défaut de caractérisation d'une faute grave par le seul maintien sur les lieux en dépit d'un ordre, même licite, d'ôter un signe religieux (première branche du cinquième moyen)

La faute grave est celle qui présente une gravité telle que le maintien du salarié dans l'entreprise est impossible, même pendant la durée du préavis. La chambre

²⁴⁹Arrêt attaqué, p. 4.

sociale de la Cour de cassation contrôle la qualification de faute grave, même si, le plus souvent, son contrôle est un contrôle limité²⁵⁰.

En l'espèce, la faute grave serait constituée notamment, selon l'interprétation qui pourrait être faite de l'arrêt attaqué, par le maintien de Mme Y... sur son lieu de travail, en dépit de la notification d'une mise à pied conservatoire consécutive au refus d'ôter son voile islamique, et non par ce dernier refus, à l'origine de la mise à pied.

Mme Y... conteste que puisse constituer une faute grave le seul fait de se maintenir sur son lieu de travail après notification d'un ordre, même licite, d'enlever un signe religieux, lorsque le maintien dans les lieux n'a pas affecté le fonctionnement de l'entreprise.

Il apparaît utile, aux fins de l'examen du présent grief, de renvoyer aux arrêts précédemment cités lors de l'examen du grief pris du caractère non fautif du refus de Mme Y... de se soumettre à la mise à pied conservatoire prononcée à son égard²⁵¹.

L'assemblée plénière appréciera le caractère transposable de ces arrêts en l'espèce.

b - Sur l'absence de mention de faits d'agressivité reprochés à Mme Y... dans la lettre de licenciement du 19 décembre 2008 (seconde branche du cinquième moyen)

Il est de jurisprudence constante que la lettre par laquelle l'employeur notifie un licenciement, fixant les limites du litige, s'oppose à ce qu'il invoque ou à ce que le juge retienne un motif de licenciement non indiqué dans cette lettre²⁵².

Au nombre des arrêts récents se situant dans la ligne de cette jurisprudence, on citera les arrêts suivants :

²⁵⁰Par exemple, " la cour d'appel, qui a relevé le caractère réitéré de l'insubordination de la salariée, a pu décider qu'eu égard aux responsabilités de l'intéressée, ce comportement persistant rendait impossible son maintien dans l'entreprise et constituait une faute grave " (Cass., soc, 30 avril 2014, pourvoi n° 13.13-834).

²⁵¹Voir les arrêts du 20 mars 1996, du 3 décembre 2002 et du 12 octobre 2005, précités au IV, C, 1°), b, p. 97 et s. du présent rapport.

²⁵²Voir, notamment, cass., soc., 20 mars 1990, Bull. V, n° 124 (licenciement pour motif économique) ; soc., 21 février 1990, Bull. V, n° 77 et soc., 25 octobre 1990, pourvoi n° 88-45.524 (licenciement pour motif disciplinaire).

Cass., soc., 11 mai 1999, pourvoi n° 97-40.862

“ Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 122-14-2 du Code du travail ;

Attendu, selon ce texte, que l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de licenciement mentionnée à l'article L. 122-14-1, et que cette énonciation fixe les limites du litige, l'employeur ne pouvant invoquer de motifs non indiqués dans cette lettre ;

Attendu que, pour décider que le licenciement de M. R... était fondé sur une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a retenu que le salarié refusait d'effectuer son travail, qu'il était parfois en état d'ébriété et qu'il soustrayait à l'entreprise du temps de travail pour ses loisirs personnels, ce qui provoquait une mésentente avec l'employeur ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, dans la lettre de licenciement, l'employeur se bornait à énoncer une incompatibilité d'humeur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ”.

Cass., soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 09-72.833

“ Attendu, selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 28 octobre 2009), que Mme S... a été engagée en qualité d'agent d'opération le 20 décembre 1995 et affectée à l'agence d'Albi par la société Pyrénées automobile, aux droits de laquelle vient la société Saint-Michel ; que son contrat de travail contenait une clause de mobilité ; qu'à l'issue d'un congé parental, elle a refusé de rejoindre le poste situé à Castres, auquel elle avait été mutée avant son départ, et s'est présentée à son poste initial ; qu'elle a été licenciée pour faute grave le 2 mai 2007 ; que Mme S... a saisi la juridiction prud'homale pour contester ce licenciement et obtenir le paiement de diverses sommes ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal de la salariée :

Attendu que Mme S... fait grief à l'arrêt de dire que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse et de la débouter de sa demande de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1° que pour dire le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, l'employeur se contentait d'affirmer que la clause de mobilité était valable et que la salariée avait commis une faute grave en refusant de s'y conformer ; qu'il ne développait aucun moyen subsidiaire, dans l'hypothèse où la clause serait annulée, tiré de ce que le nouveau lieu de travail se situait dans le même secteur géographique que le précédent ; qu'en considérant, après avoir constaté que la clause de mobilité n'était pas « valable », que la décision de mutation était néanmoins valable dès lors que le nouveau lieu de travail se situait dans le même secteur géographique que le précédent, la cour d'appel a modifié l'objet du litige et partant violé l'article 4 du code de procédure civile ;

2° que la lettre de licenciement fixe les limites du litige et s'oppose à ce qu'il soit tenu compte de motifs non indiqués ; qu'en se basant sur le contenu de la décision de mutation afin d'examiner un motif qui ne figurait pas dans la lettre de licenciement, à savoir le refus par la salariée de sa mutation hors du cadre de la clause de mobilité, la cour d'appel a violé l'article L. 1233-16 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la lettre de licenciement était motivée par le refus de la salariée de rejoindre sans justification sa nouvelle affectation, n'a ni modifié l'objet du litige, ni méconnu ses limites, fixées par la lettre de licenciement ; que le moyen n'est pas fondé (...)

En l'espèce, la faute grave serait constituée notamment, selon l'arrêt attaqué, par l'agressivité manifestée par Mme Y... envers les membres de la direction et de ses collègues de la crèche “ *dans les conditions et selon les circonstances relatées par la lettre de licenciement, au contenu de laquelle il est expressément fait référence* ”²⁵³.

Il est soutenu, par la seconde branche du cinquième moyen, que “ *la lettre de licenciement ne mentionnait aucun fait d'agressivité et encore moins à l'égard des collègues* ”.

La lettre de licenciement du 19 décembre 2008 décrit un certain nombre de comportements et de propos attribués à Mme Y..., tels que, par exemple, le “ *ton arrogant* ” tenu par cette dernière devant des membres du personnel, à l'égard de Mme Baleato, une “ *altercation* ” qui a suivi le “ *refus catégorique* ” opposé par Mme Y... de se changer, au cours de laquelle Mme Y... s'en serait prise “ *à Mme A... qui, pour sa part, tentait aussi de [la] raisonner* ”, une “ *deuxième altercation* ”, qui se serait “ *produite en pleine réunion, alors qu'une adjointe [lui] demandait de quitter la salle pour cesser de perturber le travail* ”, la “ *rentrée de force* ” de Mme Y... dans la crèche, des “ *provocations incessantes et multiples* ” de celle-ci et la profération de “ *menaces* ”²⁵⁴.

Il appartiendra à l'assemblée plénière de dire si les éléments décrits par la lettre de licenciement sont de nature à caractériser l'existence de l'agressivité retenue par la cour d'appel de Paris comme étant l'un des motifs de licenciement reprochés à Mme Y....

Nombre de projets préparés : deux projets sont proposés.

²⁵³ Arrêt attaqué, p. 4.

²⁵⁴ Lettre de licenciement, p. 2 et 3.