

**AVIS DE Mme COURCOL-BOUCHARD,
PREMIER AVOCAT GENERAL**

Arrêt n° 965 du 7 juillet 2021- Chambre sociale

Pourvoi n° 20-16.206

Décision attaquée : 24 janvier 2019 de la cour d'appel de Paris

Mme X... Y...

C/

Les établissements Régie autonome des transports parisiens

Mme X... Y... a été engagée le 25 septembre 2006 par la Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) en tant que stagiaire, pour une mission de quatre mois, puis, à compter du 5 février 2007, en qualité d'animateur agent mobile, au sein d'une unité opérationnelle du département.

A l'issue d'une période d'un an et sous réserve de confirmation d'embauche, elle devait être admise définitivement dans le cadre permanent de la RATP. Cette admission était subordonnée à son assermentation devant le tribunal de grande instance de Paris. Elle était en effet appelée à procéder à des opérations de contrôle des voyageurs et à dresser des procès-verbaux.

A l'invitation de la RATP, elle s'est présentée le 28 septembre 2007, avec quarante autres agents, devant la première chambre civile de ce tribunal, en vue de sa prestation de serment. Mais, au lieu de dire "je le jure", comme cela lui était demandé, elle aurait fait, en raison de ses convictions religieuses la déclaration suivante :

"J'acquiesce vos propos quant à mes devoirs de fidélité et de probité concernant mes activités au sein de la RATP. Toutefois mes croyances religieuses m'interdisant de lever la main droite et de jurer, je suis en revanche autorisée à faire une affirmation solennelle de la même substance dans laquelle je m'engage à respecter la réglementation et la législation liée à mes fonctions professionnelles et de témoigner de la vérité, et de parler sans haine et sans crainte".

Le président d'audience lui aurait alors indiqué qu'il fallait "*choisir entre prêter serment ou quitter la RATP*" puis, après lui avoir demandé de préciser sa religion, a fait mentionner par le greffier dans le procès-verbal : "*Mme Y... indique au tribunal que sa religion (chrétienne) lui interdit de prêter le serment prévu par la loi. Serment n'a donc pas été prêté*".

Mme Y... a été licenciée pour faute par la RATP par lettre du 12 novembre 2007, dans les termes suivants :

" Pendant la période où vous avez été employée au sein de l'unité opérationnelle Lignes 7 et 7 bis, nous avons eu à déplorer de votre part les faits fautifs suivants :

Le 28 septembre 2007, lors de l'audience de prestation de serment de la première chambre du tribunal de grande instance de Paris, vous refusez de prêter, devant le juge, le serment prévu par la loi.

En conséquence vous ne pouvez obtenir votre assermentation.

De tels faits, conformément à l'article 2 de votre contrat de travail et à l'article 2 de l'annexe à ce contrat de travail, ne permettent pas votre admission définitive dans le cadre permanent de la RATP.

Malgré les explications recueillies auprès de vous à l'occasion de l'entretien du 05 novembre 2007, nous persistons à considérer ces faits comme fautifs.

C'est pourquoi nous vous informons par la présente que, conformément à l'article 47 a) du statut du personnel, une décision de licenciement a été prise à votre encontre.

Nous vous dispensons d'effectuer votre préavis de licenciement."

Elle a saisi la juridiction prud'homale pour qu'il soit jugé que ce licenciement était sans cause réelle et sérieuse, mais a été déboutée de l'intégralité de ses demandes par arrêt confirmatif de la cour d'appel de Paris du 21 janvier 2015.

Cette décision a été cassée par arrêt de la chambre sociale du 1er février 2017 (n°16-10.459) ainsi motivé :

" Il résulte de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer que le serment des agents de surveillance exerçant au sein des entreprises visées par cette disposition peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion ; qu'il s'ensuit que la salariée n'avait commis aucune faute en proposant une telle formule et que le licenciement prononcé en raison des convictions religieuses de la salariée était nul "

Mme Y... ayant alors demandé à la cour d'appel de renvoi de dire son licenciement nul, car discriminatoire, celle-ci l'a déboutée de ses demandes par arrêt du 24 janvier 2019.

C'est l'arrêt attaqué selon pourvoi reposant sur un moyen unique faisant grief à l'arrêt de l'avoir déboutée de toutes ses demandes,

ALORS QU'il résulte de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer que le serment des agents de surveillance peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion ; que la salariée n'a pu commettre une faute en proposant une telle formule ; qu'il s'ensuit que le licenciement a été prononcé en raison des convictions religieuses de la salariée et qu'il était donc nul ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé, ensemble, l'article L 1132-1 du code du travail et l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Discussion

Ce qui est sûr, c'est que, pour pouvoir exercer les fonctions pour lesquelles elle avait été embauchée, Mme Y... devait être assermentée, par application des dispositions de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 ainsi rédigées :

“Les crimes, délits ou contraventions prévus dans les titres Ier et III de la présente loi, ainsi que les contraventions prévues par les textes réglementaires relatifs à la police, la sûreté et l'exploitation des voies ferrées pourront être constatés par des procès-verbaux dressés concurremment par les officiers de police judiciaire, les ingénieurs des ponts et chaussées et des mines, les conducteurs, gardes-mines, agents de surveillance et gardes nommés ou agréés par l'administration et dûment assermentés. A cette fin, ces personnels sont habilités selon les cas à recueillir ou à relever l'identité et l'adresse du contrevenant, selon les modalités et dans les conditions prévues par le II. La déclaration intentionnelle d'une fausse adresse ou d'une fausse identité auprès des agents assermentés mentionnés au présent article est punie de 3 750 euros d'amende.

Les procès-verbaux des délits et contraventions feront foi jusqu'à preuve contraire.

Au moyen du serment prêté devant le tribunal de grande instance de leur domicile, les agents de surveillance de l'administration et des concessionnaires ou fermiers pourront verbaliser sur toute la ligne du chemin de fer auquel ils seront attachés (...).”

La nécessité d'une assermentation était donc prévue par une loi qui ne fixait cependant, ni la forme du serment, ni même son contenu. Ajoutons que les dispositions de l'article L.2241-1 du code des transports, entrées en vigueur en juillet 2019 et donc non applicables aux faits de l'espèce, ne précisent pas davantage la formule de prestation de serment de ces agents.

Ni le jugement du conseil de prud'homme, ni les arrêts d'appel ne précisant les termes du serment exigé de l'agent, nous avons consulté sur ce point le 12 février 2021¹, le président du tribunal judiciaire de Paris. Celui-ci nous a répondu que :

“ - Les prestations de serment des agents de la RATP sont reçues par la première chambre civile du tribunal judiciaire, en audience collégiale.

- Le procès-verbal, préparé par le greffe et lu par le président d'audience, s'inspire d'un vademecum datant de 2006 à l'attention des anciens tribunaux de grande instance. Une copie de la page relative aux prestations de serment sur le fondement

de la loi de 1845 est jointe au présent courrier (annexe 1). Je joins également un exemple de procès-verbal de prestation de serment (annexe 2) et un document interne de la SNCF remis à la juridiction en 2012, relatif à l'assermentation (annexe 3).

- La formule de prestation de serment est double : “Je jure et promets de bien et loyalement remplir mes fonctions et d'observer en tout les devoirs qu'elle m'impose” et “Je jure et promets en outre d'observer fidèlement les lois et règlements concernant la police des chemins de fer et de constater par des procès-verbaux les contraventions qui viendraient à ma connaissance”. Le visa légal est l'article L.2241-1 du code des transports. Il n'est pas fait référence à l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845.

¹ Courrier du 17 février 2021 et annexes versés en production

- Les présidents d'audience amenés à recevoir la prestation de serment des agents RATP refusent de recevoir un serment différent, ce qui est alors consigné au plumitif.

- Le procès-verbal ainsi préparé et signé par le président d'audience et le greffier, une fois la prestation de serment reçue, suit le même format depuis au moins seize ans, selon la mémoire du service en charge de ces audiences. A cet effet, je vous adresse le procès-verbal de prestation de serment le plus ancien trouvé sur notre applicatif métier (WinCI TGI) datant du 27 mai 2005 et reproduisent le serment sus-visé (annexe 4)."

Les annexes jointes à ce courrier montrent que la formule citée concerne en réalité les agents de la SNCF, et qu'elle a été décalquée pour les agents de la RATP en remplaçant "concernant la police des chemins de fer" par "concernant les transports en commun".

Sur ce point, la cour d'appel, dans son arrêt du 24 janvier 2019, relève que :

« Si les parties ne précisent pas le texte de la prestation de serment en cause, il ressort de leurs écritures qu'elle contenait la formule suivante " je le jure " .

L'employeur n'ignorait pas que l'absence de prestation de serment résultait du refus opposé par le magistrat du tribunal de grande instance à la formule proposée par Mme Y... eu égard à ses convictions religieuses afin de ne pas prononcer la formule juratoire (procès-verbal du président du tribunal de grande instance et compte-rendu de l'entretien préalable).»²

Ce n'est ainsi, ni le principe du serment, ni son contenu qui étaient contestés par la salariée, mais bien la formule juratoire utilisée. Observons en effet que, lors de prestations de serment groupées, il est d'usage que la formule de serment soit lue en son entier par le président du tribunal qui invite ensuite chacun des agents à prononcer à son tour la seule formule juratoire.

Le licenciement pour faute de Mme Y... résultant de son refus de prêter serment selon les formes exigées, il convient de s'interroger sur la légitimité de cette exigence pour apprécier le caractère fautif de ce refus.

La formule lapidaire de votre arrêt du 1^{er} février 2017 n'a sur ce point pas toujours été comprise. Dire en effet qu' "il résulte de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer que le serment des agents de surveillance exerçant au sein des entreprises visées par cette disposition peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion", alors que ce texte est muet sur la question de la forme, comme du fond du serment, pouvait en effet déconcerter. Nous y reviendrons donc dans un premier temps.

Dans un second temps, nous nous interrogerons sur la conséquence que vous avez tirée, dans ce même arrêt, de l'absence de faute de la salariée lors de l'audience de prestation de serment, pour considérer qu'était nul le licenciement prononcé par son employeur.

➤ **Le refus de la salariée de prononcer la formule "je le jure" devant le tribunal était-il fautif ?**

Il a déjà été beaucoup écrit sur la question à l'occasion de l'examen du premier pourvoi, qu'il s'agisse des documents préparatoires à la décision ou des commentaires doctrinaux de votre arrêt du 1^{er} février 2017.

² Arrêt, page 5.

- Rappelons en premier lieu qu'il ne s'agit pas ici d'un agent public qui refuserait toute assermentation.

Nul ne conteste en effet que *“la prestation de serment constitue un engagement solennel de respecter les règles déontologiques communes à tout agent chargé de fonctions de police judiciaire”*³, que cette *“assermentation traduit seulement leur engagement à remplir loyalement leurs fonctions et à observer leurs devoirs”*⁴ et qu’*“il n'existe pas de droit détenu par les agents publics de s'opposer à la prestation de serment ”*⁵.

Mais, en l'espèce, la salariée n'a pas refusé de prêter serment. Elle a seulement souhaité substituer à la formule *“je le jure”* une autre formule telle que *“je m'engage”*, expliquant que sa religion (que le président lui a demandé de préciser publiquement⁶) lui interdisait de jurer.

- Observons ensuite que le point de savoir si la formule *“je le jure”* a ou non un contenu religieux doit être appréciée d'un point de vue objectif, ce qui revient à vérifier sa compatibilité avec le principe de laïcité de l'Etat, mais aussi du point de vue nécessairement subjectif de la liberté de conscience de l'individu concerné.

Rappelons *“qu'aux termes de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : «Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi»; qu'aux termes des trois premières phrases du premier alinéa de l'article 1er de la Constitution : «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances»; que 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”*⁷.

Dès lors, l'ensemble des écrits selon lesquels la formule *“je le jure”* est désormais dépourvue de toute signification religieuse, ne peuvent qu'être approuvés en ce qu'ils démontrent qu'elle est compatible avec le principe de laïcité et de neutralité de l'Etat. Comme le soulignait l'avocat général Weissmann dans son avis sur le premier pourvoi, *“la formule “je jure” ou “je le jure” a perdu tout caractère religieux puisqu'elle n'est pas systématiquement utilisée pour toutes les*

³ Question ministérielle n° 21707, JO 18/05/2004 page 3688

⁴ CE 8 octobre 2008, n° 303.937, Syndicat national des personnels santé environnementale

⁵ Didier Jean-Pierre, *“Les fonctionnaires ont-ils le droit de refuser de prêter serment ?”* - La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 28 Janvier 2009, II 10019

⁶ Ce qu'interdit la CEDH dans son arrêt *Alexandridis c/ Grèce* du 21 février 2008, selon lequel la liberté religieuse comporte *« aussi un aspect négatif, à savoir le droit pour un individu de ne pas faire état de sa confession ou de ses convictions religieuses (...). Il n'est pas loisible aux autorités étatiques de s'immiscer dans la liberté de conscience d'une personne en s'enquérant de ses convictions religieuses ou en l'obligeant à les manifester, et spécialement à le faire, notamment à l'occasion d'une prestation de serment »*.

⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013

prestations de serment (...). Cette sécularisation de la formule découle du principe de laïcité du service public et explique que le prestataire du serment n'invoque jamais la figure divine ni ne prête serment sur un texte religieux."⁸

Pour autant, ce qui est objectivement neutre peut être subjectivement religieux, sans que le juge ait à porter sur ce point la moindre appréciation. Nous sommes là au cœur de la liberté religieuse : lorsque vous avez examiné la possibilité d'interdire, dans des circonstances précisément définies, le port du foulard islamique en entreprise⁹, lorsque la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰ a précisé l'interprétation des textes européens sur la question, nul ne s'est interrogé sur la légitimité de la signification attachée au port du foulard par la salariée concernée.

De la même façon, nul ne peut contester à Mme Y... sa liberté de considérer qu'elle ne peut prononcer la formule "*je le jure*" sans manquer aux devoirs de sa religion¹¹, certes minoritaire au sein de la religion chrétienne, mais en représentant, comme le souligne le rapport, une fraction suffisamment significative pour lui permettre d'invoquer les dispositions de la Convention européenne protégeant la liberté religieuse.

Et ce n'est que dans l'exercice de ses fonctions de contrôle que le principe de laïcité du service public pouvait lui être opposé et non à l'occasion de sa prestation de serment.

La question posée est donc celle de la conciliation entre la règle étatique et le respect de la liberté religieuse de la salariée. Or, "*le droit positif permet d'éviter de se trouver dans une position conduisant à émettre un jugement sur la conviction du justiciable*".¹²

La liberté de manifester sa religion est en effet affirmée par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit également ses limites :

"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

⁸ Avis de l'avocat général Weissmann sur le pourvoi n°14-29.610

⁹ Soc. 22 novembre 2017, n°13-19.855, P+B+R+I

¹⁰ CJUE, Asma Bougnaoui contre Micropole SA, 14 mars 2017, affaire C-188/15

¹¹ En référence à Matthieu 5.33 à 5.37 : « *Vous avez encore entendu qu'il a été dit aux anciens : Tu ne parjureras pas mais tu t'acquitteras envers le Seigneur de tes serments. Mais moi, je vous dis de ne pas jurer : ni par le ciel, parce que c'est le trône de Dieu, ni par la terre, parce que c'est son marchepied, ni par Jérusalem, parce que c'est la ville du grand roi. Ne jure pas non plus par ta tête, car tu ne peux rendre blanc ou noir un seul cheveu. Que votre parole soit oui, oui ; non, non ; ce qu'on y ajoute vient du malin* »

¹² Mission de recherche droit et justice, Rapport final de recherche "*La laïcité dans la justice*" sous la direction de Mathilde Philip-Gay, MCF-HDR à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Directrice de l'équipe de droit public de Lyon. Numéro du rapport : 217.03.15.34 Octobre 2019 16-46.

société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

Dans son arrêt *Buscarini c/ Saint-Marin*¹³, la Cour européenne des droits de l'homme énonce qu'une restriction à la liberté religieuse *"enfreint l'article 9 sauf si elle est « prévue par la loi », dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et « nécessaire, dans une société démocratique »"*.

Observons que, dans l'espèce qui nous occupe, la formule juratoire ne résultait d'aucun texte, ni même d'une coutume générale et incontestable justifiant une ingérence suffisamment prévisible.

Il suffit, pour s'en assurer, de se référer à la jurisprudence ancienne et constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui, s'agissant de l'application des dispositions de l'article 331 du code de procédure pénale (qui ne prévoient pas de formule juratoire¹⁴) permet aux témoins de prêter serment devant les juridictions pénales selon les formes en usage dans leur religion¹⁵.

La formule elle-même ne constitue pas, en effet, une mesure nécessaire dans une société démocratique. C'est la promesse, l'engagement, qui est nécessaire à la protection de l'ordre public et non sa forme.

Ce qui est parfaitement explicité par l'arrêt rendu le 6 décembre 2000 par la chambre criminelle¹⁶, qui a considéré que ne reproduisait pas toute la substance du serment prescrit par la loi la formule *"Je m'engage et promets de dire toute la vérité, rien que la vérité"* employée par un témoin, non parce que celui-ci avait refusé, *"pour des raisons de conscience personnelle"*, de prononcer le terme *"je le jure"*, et lui avait substitué la formule *"je m'engage et promets"*, mais parce que ce témoin ne s'était pas engagé à parler sans haine et sans crainte.

La même distinction, entre substance et formule du serment, explique le choix proposé aux agents de la Cour de justice de l'Union européenne, *"à leur convenance"*, entre deux formules de serment :

- A) *" Je jure d'exercer en toute loyauté, discrétion et conscience les fonctions qui me sont confiées par la Cour de justice de l'Union européenne.*
- B) *"Je promets solennellement d'exercer en toute loyauté, discrétion et conscience les fonctions qui me sont confiées par la Cour de justice de l'Union européenne."*

Il en résulte donc bien, comme vous l'avez énoncé dans votre arrêt du 1^{er} février 2017, que *"le serment des agents de surveillance exerçant au sein des entreprises visées par cette*

¹³ CEDH, arrêt du 18 février 1999 (requête n°24645/94)

¹⁴ "Avant de commencer leur déposition, les témoins prêtent le serment de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité ."

¹⁵ Notamment Crim. 17 septembre 1883, Bull. Crim. 237 et Crim. 8 mars 1924, Bull. Crim. 117, pour des témoins anabaptistes et Crim. 6 mai 1987 n° 86-95.871, Bull. Crim. 182, pour des témoins de religion juive.

¹⁶ Crim 6 décembre 2000, n°00-82.623, Bull. Crim. 365

disposition (en l'espèce au sein de la RATP) *peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion*" et que Mme Y... n'a commis aucune faute en proposant de substituer à la formule "je le jure" une autre formule équivalente.

➤ **Quelles sont les conséquences de l'absence de faute de la salariée lors de l'audience de prestation de serment sur la validité de son licenciement ?**

En l'absence de faute de la salariée, le licenciement pour faute prononcé par l'employeur n'est évidemment pas justifié. Restent donc trois possibilités :

- affirmer, comme vous l'avez fait dans votre arrêt du 1^{er} février 2017, rendu au visa de l'article 9 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme, ensemble l'article L.1132-1 du code du travail, que dès lors que le refus du tribunal d'accepter la formule juratoire proposée par la salariée constituait une atteinte à sa liberté religieuse, le licenciement prononcé du fait de la non assermentation était "*prononcé en raison des convictions religieuses de la salariée et qu'il était donc nul*".

- considérer qu'une condition essentielle de l'exercice de l'emploi, imposée par la loi, était l'obtention d'une assermentation, ce dont l'employeur avait averti la salariée dès son recrutement. Le fait que cette condition ne soit pas remplie pour des motifs étrangers à l'employeur constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement. C'est ce qu'avait retenu la première cour d'appel dans l'arrêt du 21 janvier 2015 et que soutient une partie de la doctrine.

- juger que l'employeur qui, comme l'a relevé la cour d'appel dans son arrêt du 24 janvier 2019, "*n'ignorait pas que l'absence de prestation de serment résultait du refus opposé par le magistrat du tribunal de grande instance à la formule de serment proposée par Mme Y... eu égard à ses convictions religieuses afin de ne pas prononcer la formule juratoire*" a commis lui-même une faute en ne prenant pas, comme l'a suggéré un auteur ¹⁷, la "*défense*" de la salariée.

1 - La nullité du licenciement comme conséquence nécessaire de l'atteinte à la liberté religieuse commise par le juge

Constatons que si elle a très majoritairement approuvé, dans ses commentaires, la possibilité donnée à l'agent de prêter serment selon les formes en usage dans sa religion, la doctrine a plus ou moins vigoureusement critiqué le glissement de responsabilité opéré par votre arrêt, de la responsabilité du juge à celle de l'employeur, les rares approbations étant pour le moins nuancées.

Certains commentaires sont d'autant plus indignés que **c'est la faute du juge qui rejait sur l'employeur** :

- "Pourquoi l'employeur devrait-il être comptable des décisions de l'autorité judiciaire auxquelles il est – comme nous tous – soumis ? L'employeur n'a commis aucune discrimination directe, aucune discrimination indirecte non plus, puisque la nécessité d'une assermentation pour être contrôleur n'a pas pour effet d'entraîner un désavantage particulier pour les chrétiens et, quand

¹⁷ V. Valentin *Refus du serment juratoire : l'entreprise au piège de la discrimination du fait de l'autorité judiciaire*, Gazette du palais 28 mars 2017, n°13, p .22-25

*bien même ce serait le cas, elle est aisément justifiable puisqu'il s'agit d'une exigence légale et que le refus d'assermentation résulte d'une décision judiciaire. L'assermentation est une condition pour la titularisation de la salariée et, en son absence, elle ne peut remplir ses fonctions professionnelles. En aucune manière, la décision de la RATP n'a été motivée par la religion de la salariée et considérer que le licenciement avait été prononcé en raison des convictions religieuses de la salariée est un raccourci excessif.(...) En l'espèce, la question n'est pas de savoir si l'employeur pouvait ou non tenir compte de la décision discriminante du juge puisqu'il avait l'obligation légale d'en tenir compte. Comment, dans cette situation, engager sa responsabilité ? Si l'on admet qu'un individu lambda puisse de lui-même juger qu'une décision est contraire aux traités ou à la législation en vigueur et, par conséquent, se soustraire à son application, c'est l'État de droit qu'on affaiblit.*¹⁸

*-“La solution retenue (...) se heurte “à une distension du lien de causalité entre la décision de l'employeur et le motif discriminatoire. C'est que, quelle que soit la conception de la causalité retenue, celle-ci ne permet pas que l'on impute à l'employeur une discrimination fondée sur les convictions religieuses de la salariée, alors qu'entre l'expression de ces convictions et le licenciement litigieux s'est intercalé – ainsi que l'avaient fort justement relevé les juges du fond – un élément extérieur à l'employeur, la décision de l'autorité judiciaire.”*¹⁹

*- “ Peut-on admettre que l'employeur ait été déterminé, dans sa décision de licencier, par l'appartenance religieuse de la salariée ? Rien n'est moins sûr. En réalité, ce n'est pas la décision de l'employeur qui est discriminatoire. L'employeur ne s'est rendu coupable d'aucune discrimination directe ni indirecte. Tout au plus, peut-on considérer comme discriminatoire la décision de l'autorité judiciaire ayant refusé l'assermentation pour être contrôleur RATP.”*²⁰

*- “L'employeur se voit sanctionné pour licenciement discriminatoire alors que la rupture n'est pas prononcée, comme l'affirme la Cour de cassation, à raison des convictions religieuses de son agent, mais pour le seul motif de son absence de prestation de serment constatée par le tribunal. L'employeur paie donc le prix fort pour un manquement au principe de non-discrimination qu'il n'a pas commis.”*²¹

D'autres commentaires, plus nuancés, restent également critiques :

-“L'étonnement suscité par une telle assimilation semble légitime . Car ce n'est pas en raison de son refus de jurer devant le tribunal que la salariée a été licenciée pour faute grave, mais en raison de la non-obtention de son assermentation consécutive audit refus de jurer. L'admission permanente au sein de la RATP dans la fonction de contrôleur est en effet contractuellement conditionnée par l'obtention de l'assermentation. C'est du reste à la faveur

¹⁸ Marie Peyronnet, *Licenciement nul d'une salariée refusant de "jurer" lors d'une prestation de serment*, Dalloz actualité 17 février 2017

¹⁹ Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic *Refus de prêter serment en raison de sa religion et licenciement discriminatoire*, JCPG Semaine Juridique (édition générale) 20/03/2017, n°12, page(s) 556-558

²⁰ Céline Leborgne-Ingelaere, *Nullité du licenciement d'une salariée refusant de prêter serment pour des raisons religieuses*, Chroniques de droit du travail, Les petites affiches 16 octobre 2018, n°207 p.3-15

²¹ Maud Rivolier, *La délicate articulation des convictions religieuses et du serment professionnel* Jurisprudence sociale Lamy,13/03/2017 n°427, page(s) 4-6

de cette dissociation entre le refus de jurer constaté par le président du tribunal et sa conséquence, à savoir le défaut d'assermentation (lequel sauf à méconnaître l'autorité judiciaire - s'impose à l'employeur), que la cour d'appel a admis la faute grave." (...) "La dissociation entre la cause (le refus de jurer devant le tribunal) et sa conséquence (le défaut d'assermentation) est apparue inopérante à la Cour de cassation qui a considéré qu'elle est en quelque sorte neutralisée par la force du principe de non-discrimination."²²

- "Dès lors que la loi de 1845 ne prévoit aucune formule de serment et que la formule usuelle « je le jure » revêt une connotation religieuse, il était difficile d'échapper à la discrimination". (...) La solution est sévère pour la RATP qui paie le prix fort d'un licenciement discriminatoire issu d'une position d'un TGI opposé à une prestation de serment alternative".²³

- "La solution retenue paraît justifiée, encore que la lecture de l'arrêt suscite un certain malaise. En effet, la Cour se trouve amenée à régler sur le terrain du licenciement un problème qui, en réalité, aurait dû être tranché en amont, au moment de la prestation de serment. Il en résulte un décalage permanent entre le problème à résoudre et les effets que sa solution entraîne sur la rupture du contrat, décalage qui laisse quelque peu insatisfait. (...) Il n'était pas évident, dans cette affaire, que l'on puisse qualifier le licenciement de discriminatoire. Le salarié n'avait pas été licencié en raison de son appartenance religieuse, mais pour avoir refusé de prêter serment et s'être mis dans l'impossibilité d'effectuer les tâches pour lesquelles il avait été recruté. Il fallait, en réalité, remonter jusqu'aux raisons ayant conduit la salariée à refuser de prêter serment pour que l'aspect religieux de l'affaire apparaisse ; mais celui-ci n'était qu'un motif lointain et médiat de la décision patronale. Celle-ci aurait été la même quelle que fût la raison du salarié de ne pas prêter serment. Il n'était donc guère possible de considérer que l'appartenance religieuse de la salariée avait été le motif déterminant du licenciement. Il fallait même adopter, en l'espèce, une conception singulièrement extensive de la discrimination pour appliquer l'article L. 1132-1 du code du travail alors que, contrairement à ce que l'on constate dans les affaires relatives au voile islamique, la salariée n'avait pas manifesté son appartenance religieuse dans l'exécution du contrat."²⁴

Lorsqu'il s'agit de rechercher quelle autre attitude aurait pu adopter l'employeur, ce qui domine, c'est le fait que, quoiqu'il puisse faire, l'employeur se trouvait dans une "impasse", voire un véritable "piège" :

- Certains pourraient arguer que la RATP aurait pu s'abstenir de licencier la salariée. Mais on peut rétorquer qu'elle aurait tout de même dû faire quelque chose : refuser de promouvoir la salariée (autrement dit, ne rien faire) ou reclasser la salariée dans un emploi ne nécessitant pas une assermentation. Quelle que soit la décision, la salariée aurait été discriminée puisque la Cour de cassation estime que respecter une décision de justice discriminatoire est discriminatoire. Quoi qu'il arrive, l'employeur sera donc fautif. Avec une telle solution, il n'y a

²² JMChonnier *La force du principe de non-discrimination en raison des convictions religieuses*, JCPS 19, p.20-22, 16/05/2017

²³ Françoise Champeaux *Le serment juratoire et la discrimination* Semaine sociale Lamy, 06/02/2017, n° 1755, page(s) 11-12

²⁴ Jean Mouly, *Un nouvel exemple de licenciement discriminatoire : le refus de prestation de serment pour motif religieux* Recueil Dalloz 2017 p.550

pas de situation dans laquelle l'employeur puisse être dans la légalité et cela n'est pas acceptable."²⁵

- L'employeur n'aurait-il pas dû rechercher une autre solution plutôt que de licencier la salariée ? En réalité, il semble qu'il se trouvait dans une impasse et que, des deux solutions envisageables, aucune n'était satisfaisante. Présenter la salariée à une autre cérémonie d'assermentation ? L'hypothèse avait, à juste titre, été écartée par les juges du fond, la salariée n'ayant manifesté aucune volonté de revenir sur sa position. La reclasser dans un autre emploi ? Les mêmes causes produisant les mêmes effets, la décision aurait, à nouveau, et pour les raisons déjà évoquées, été jugée discriminatoire."²⁶

*- "On peut déduire de la décision que l'entreprise aurait dû soit réinscrire Mme Y... à une autre prestation de serment, soit lui proposer un autre emploi. Mais il faut noter que conserver la salariée et la déporter sur un poste non assermenté aurait été une façon plus légère mais non moins réelle de faire de la discrimination, puisque Mme Y... aurait été écartée du poste prévu. Quoi qu'il en soit, l'employeur est dans une impasse : il devra toujours supporter les conséquences du refus d'assermentation du juge (assurément fautif) sur lequel il n'a pas pourtant pas prise."*²⁷

La cour d'appel de renvoi, sans doute soucieuse de ne pas heurter de front votre décision, a tenté une solution intermédiaire, en admettant que les éléments présentés "*laissent supposer l'existence d'une discrimination indirecte commise par la RATP dans la mesure où la salariée a été licenciée pour ne pas avoir prêté serment en raison de sa religion chrétienne*", mais en considérant que la décision de l'employeur était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. En effet, "*l'employeur, en licenciant Mme Y..., n'a fait que respecter la loi qui exige une assermentation de la part de la salariée pour pouvoir exercer les fonctions d'animatrice agent mobile*".

L'utilisation du concept de discrimination indirecte interroge, puisque, ce qui serait discriminant, ce serait d'imposer à tous une obligation, en apparence neutre, en l'espèce une prestation de serment, qui aboutirait, en fait, à un désavantage particulier pour les personnes adhérant à la religion chrétienne.

Or cette obligation n'est pas imposée par l'employeur, mais par la loi qui pose le principe de l'assermentation et par le juge qui en fixe les modalités.

Pour autant, le raisonnement de la cour d'appel ouvre une piste de réflexion, étant précisé que si l'on considère, comme dans votre arrêt du 1^{er} février 2017, que le licenciement prononcé par l'employeur est discriminatoire, il ne pourrait s'agir que d'une discrimination directe.

Or, une différence de traitement peut être justifiée, selon les dispositions de l'article L.1133-1 du code du travail, dès lors qu'en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des

²⁵ Marie Peyronnet, *Licenciement nul d'une salariée refusant de "jurer" lors d'une prestation de serment*, Dalloz actualité 17 février 2017,

²⁶ Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic *Refus de prêter serment en raison de sa religion et licenciement discriminatoire*, JCPG Semaine Juridique (édition générale), 20 mars 2017, n°12, page(s) 556-558

²⁷ V. Valentin *Refus du serment juratoire : l'entreprise au piège de la discrimination du fait de l'autorité judiciaire* Gazette du palais 28/03/2017, n°13, p.22-25

conditions de son exercice, elle répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

Même en considérant que le licenciement pourrait être discriminatoire dès lors que, comme l'a indiqué la cour d'appel, *"l'employeur n'ignorait pas que l'absence de prestation de serment résultait du refus opposé par le magistrat du tribunal de grande instance à la formule de serment proposée par Mme Y... eu égard à ses convictions religieuses afin de ne pas prononcer la formule juratoire"*, la nécessité légale d'une assermentation constituait pour l'employeur, étranger au refus du tribunal de recevoir le serment, une exigence essentielle et déterminante puisque, sans assermentation, la salariée ne pouvait exercer les fonctions pour lesquelles elle avait été embauchée.

Et, sans assermentation, elle ne pouvait pas davantage être réintégrée dans ces fonctions.

Ainsi, non seulement rien ne me paraît justifier que soit imputé à l'employeur un manquement du juge, mais un tel transfert de responsabilité se heurterait à l'exigence essentielle et déterminante que constitue pour l'employeur l'ordre de la loi.

Ce qui me conduit à m'écarter de la solution retenue par votre arrêt du 1^{er} février 2017.

2 - L'existence d'une cause réelle et sérieuse de licenciement

Dans son arrêt du 21 janvier 2015, la cour d'appel avait souligné qu' *"en lui reprochant l'absence d'assermentation, l'employeur oppose (à la salariée) l'absence de réalisation d'une condition contractuelle impérieuse et primordiale puisqu'à sa réalisation est subordonnée la capacité de ses agents à exercer leurs fonctions et à dresser des procès-verbaux d'infraction"*, que *"la réalisation de cette condition dépend d'un élément extérieur à l'employeur. Celui-ci n'a aucune compétence pour décider du refus ou de l'octroi de l'assermentation qui dépendent de l'autorité judiciaire et qui échappent à son contrôle et son pouvoir"*.²⁸

Ce raisonnement a été repris par une partie de la doctrine, déjà citée, après votre arrêt de cassation du 1^{er} février 2017.

Il pourrait être ainsi résumé : l'employeur avait averti la salariée dès son recrutement de la nécessité d'une assermentation, condition imposée par la loi. Cette condition n'ayant pas été remplie pour des motifs étrangers à l'employeur, celui-ci l'a licenciée du fait de son absence d'assermentation et non pour ses convictions religieuses, la lettre de licenciement n'en faisant pas mention. L'employeur est donc étranger à toute discrimination, l'absence d'assermentation constituant une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Ainsi :

- "L'employeur se trouvait en l'espèce confronté à une situation apparemment simple : un défaut d'assermentation empêchant la salariée d'exercer ses fonctions, qui plus est dans une entreprise assurant une mission de service public. Avait-il d'autre choix que de licencier ? Là

²⁸ CA Paris, 21 janvier 2018, RG n° 14/03753 ; MA production n°3

est d'ailleurs la logique de la position des juges du fond : l'assermentation étant requise, comment valider le maintien du contrat de travail ?"²⁹

- *"ce n'est pas en raison de son refus de jurer devant le tribunal que la salariée a été licenciée pour faute grave, mais en raison de la non-obtention de son assermentation consécutive audit refus de jurer."*³⁰

- *"La solution retenue est critiquable. Il est manifeste que l'employeur n'a pas licencié la salariée en raison de ses convictions religieuses mais seulement parce que celle-ci avait refusé de prêter serment et que l'assermentation était une condition de sa titularisation au sein de la RATP."*³¹

Pour autant, cette solution, qui laisse peser sur la seule salariée les conséquences du refus par le tribunal d'une assermentation reçue dans les formes en usage dans sa religion, ne tient pas compte du fait que le licenciement a été prononcé pour faute grave et non pour cause réelle et sérieuse.

Ce qui me conduit à proposer une troisième solution, mettant en cause, hors tout comportement discriminatoire, la responsabilité de l'employeur.

3 - L'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement

La cour d'appel a rappelé que l'employeur *"n'ignorait pas que l'absence de prestation de serment résultait du refus opposé par le magistrat du tribunal de grande instance à la formule de serment proposée par Mme Y... eu égard à ses convictions religieuses afin de ne pas prononcer la formule juratoire"*³².

La RATP, qui convoquait elle-même les salariés devant prêter serment aux jours fixés par la juridiction, avait connaissance de la formule de serment proposée à ses agents.

Sur son site internet³³, elle indique employer 65.000 salariés dans le monde entier, et être *"l'un des principaux recruteurs de la région Île-de-France"*. Elle assure pratiquer *"une culture de l'éthique et de l'intégrité"*, la conduisant à *"gérer la diversité à la fois de nos collaborateurs et de nos voyageurs"* et affirme mener *"une politique de recrutement résolument engagée contre toutes les formes de discrimination"*.

²⁹ Céline Leborgne-Ingelaere, *Nullité du licenciement d'une salariée refusant de prêter serment pour des raisons religieuses*, Chroniques de droit du travail Les petites affiches 16 octobre 2018 n°207 p.3-15

³⁰ JM Chonnier *La force du principe de non-discrimination en raison des convictions religieuses*, JCPS 19, p.20-22, 16/05/2017

³¹ Joël Colonna et Virginie Renaux-Personnic *Refus de prêter serment en raison de sa religion et licenciement discriminatoire*, JCPG Semaine Juridique (édition générale), 20 mars 2017, n°12, page(s) 556-558

³² CA Paris, 24 janvier 2019, RG n°17/09703, p.5

³³ <https://www.ratp.fr/groupe-ratp>

N'ayant aucune raison de mettre en doute la réalité de ces engagements, nous ne pouvons que nous interroger sur la réaction de la RATP lorsqu'elle a eu connaissance des raisons pour lesquelles Mme Y... n'avait pas été assermentée. La lettre de licenciement se conclut en effet ainsi : *“Malgré les explications recueillies auprès de vous à l'occasion de l'entretien du 05 novembre 2007, nous persistons à considérer ces faits comme fautifs.”*

Un employeur important, très averti des questions de discrimination, notamment religieuse, pouvait-il se contenter de prononcer dans ces conditions un licenciement et, qui plus est, un licenciement pour faute grave ?

Deux commentateurs de votre arrêt du 1^{er} février 2017 répondent sur ce point par la négative, suggérant que l'employeur aurait pu *“sortir du piège”* en prenant lui-même la *“défense”* de la salariée :

- *“ S'il est difficile de trouver en cet arrêt l'affirmation d'un principe nouveau ou une spectaculaire ouverture vers les accommodements raisonnables, il va dans le sens de l'hypothèse, pourtant difficile à admettre au regard de sa base légale, mais soutenue par quelques auteurs, de l'émergence d'une responsabilité morale de l'entreprise, qui devrait se considérer comme une sorte d'auxiliaire de justice en matière de mise en œuvre des droits fondamentaux et de lutte contre les discriminations. De la même façon que les entreprises doivent résister aux pressions discriminatoires de la clientèle, elles devraient compenser les décisions de justice discriminatoires, et comme elles peuvent agir en justice contre un client qui mettrait fin à une relation d'affaire pour un motif prohibé par la loi (C. pén., art. 225-1, al. 2 et C. pén., art. 225-2.), elles pourraient agir en justice contre une décision infondée (...). L'employeur n'ayant pas les moyens juridiques d'échapper aux conséquences de la discrimination commise en amont semble en effet devoir la compenser par une attitude de « défense » du salarié, tout au moins de tolérance à son égard. Il ne peut l'employer comme agent assermenté mais ne doit pas le licencier et doit trouver lui-même la solution adéquate, la plus « évidente » ayant pu être de le réinscrire à une nouvelle prestation de serment – sans certitude sur le résultat. L'entreprise n'a pas d'autres moyens de sortir du piège du refus discriminatoire de serment par l'autorité judiciaire”.*³⁴

- *“Au fond, ce que l'on peut reprocher à l'employeur, ce n'est pas d'avoir refusé d'aménager le poste de la salariée - il n'avait pas à le faire, la théorie des accommodements raisonnables n'étant pas ici applicable -, mais de ne pas avoir recherché, avant de prendre sa décision de licencier, s'il n'existait pas une autre solution permettant de concilier la foi de la salariée et les exigences du service. Or, en l'espèce, il restait possible à l'employeur d'inviter la salariée à réitérer sa prestation de serment. Ainsi, parce que l'employeur a agi de manière précipitée en négligeant une autre possibilité qui aurait pu aboutir, sa décision de licencier la salariée peut apparaître disproportionnée. On peut, bien sûr, considérer, comme les juges du fond, que c'était au salarié et non à l'employeur de contester le refus du juge d'accueillir le serment alternatif qui avait été proposé. Toutefois, dans la mesure où l'employeur se fondait sur cette décision pour procéder au licenciement, il ne pouvait, comme il a déjà été dit, qu'assumer les conséquences de son illicéité éventuelle. C'est seulement si, après une nouvelle tentative*

³⁴ V. Valentin *Refus du serment juratoire : l'entreprise au piège de la discrimination du fait de l'autorité judiciaire*, Gazette du palais 28 mars 2017, n°13, p .22-25.

d'assermentation, le juge était resté sur ses positions, que l'employeur aurait sans doute pu procéder au licenciement sans violer l'article 9 de la Convention."³⁵

Dans son mémoire en défense³⁶, la RATP affirme que *"Mme Y... n'a jamais formé de recours à l'encontre de la décision de refus d'assermentation constatée par le Président du Tribunal de grande instance de Paris lors de l'audience du 28 septembre 2007 : ce refus d'assermentation pris par l'autorité judiciaire dispose donc d'une opposabilité absolue."*

Il est dommage que n'ait pas été précisée la nature du recours qu'aurait pu exercer la salariée. N'ont été rendus en l'espèce, ni jugement, ni ordonnance, la décision de refus d'assermentation ayant pris la forme d'un simple procès-verbal.

Faute de décision dessaisissant le juge, le refus d'assermentation apparaît en réalité comme insusceptible de recours. Il ne restait dès lors que deux options : que l'employeur présente une nouvelle demande d'assermentation ou que la salariée engage une action en responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement du service de la justice par application des dispositions de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire. Selon ces dispositions, l'État est en effet *"tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que pour une faute lourde ou un déni de justice."* Si la faute lourde a été définie par un arrêt d'assemblée plénière comme *"toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public à remplir la mission dont il est investi"*³⁷, nous n'avons pas trouvé d'utilisation de cette procédure à la suite d'un refus d'assermentation.

On conviendra que l'option la plus simple et seule susceptible de permettre à la salariée d'exercer l'emploi pour lequel elle avait été embauchée et formée, consistait en ce que l'employeur reprogramme une prestation de serment en proposant au tribunal une formule de serment alternative, n'enlevant rien à la substance de l'engagement mais correspondant aux formes en usage dans la religion de la salariée.

C'est seulement si le juge avait maintenu son refus d'une telle formule de serment que l'employeur aurait été en droit de licencier la salariée, non pour faute, mais pour cause réelle et sérieuse.

Faute pour la cour d'appel d'avoir recherché si l'abstention de l'employeur et son choix délibéré, en toute connaissance des circonstances du refus d'assermentation, de prononcer un licenciement pour faute grave, ne privait pas de cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé, je suis à la cassation de l'arrêt.

Quelques mots sur la portée de la décision à intervenir, si vous confirmez, comme je vous y engage, votre arrêt du 1^{er} février 2017 en ce qu'il a considéré qu'il *"résulte de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer que le serment des agents de surveillance peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion"*.

³⁵ Jean Mouly, *Un nouvel exemple de licenciement discriminatoire : le refus de prestation de serment pour motif religieux*, Recueil Dalloz 2017 p.550

³⁶ MD p. 26

³⁷ Assemblée plénière, 23 févr. 2001, n° 99-16.165, Bull. ass. plén n° 5

Le mémoire ampliatif affirme en effet ³⁸ qu' "*admettre, au nom du principe de liberté de religion que l'emploi de la formule juratoire puisse constituer une atteinte à la liberté de conscience, serait, à n'en pas douter, la première étape d'une série de revendications religieuses*", puisque "*tout individu serait alors en droit de refuser de prêter ce serment lorsqu'il estime que celui-ci contrevient à ses convictions religieuses, et ce quelles que soient les fonctions auxquelles il prétend accéder*", le fait que la formule juratoire soit ou non prévue par le texte imposant l'assermentation étant indifférent.

Ce qui "*supposerait la réécriture de dizaines de textes (législatifs et réglementaires) qui conditionnent l'exercice d'une profession ou d'une activité à la prestation d'un serment à formule juratoire*" et conduirait à ce que "*d'autres croyances, quelles qu'elles soient, prohibent le principe même de tout serment (...) Faudrait-il alors supprimer la condition d'assermentation pour l'exercice de certaines professions ?*"

Il me paraît que c'est là donner à votre décision une portée qu'elle n'a pas : vous avez en effet fait application des dispositions de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme dans une situation où aucune formule juratoire n'était prévue par la loi ³⁹.

Ajoutons enfin, au risque de nous répéter, que c'est bien le contenu de l'engagement et non sa forme qui constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique et qu'il n'est en rien question de remettre en cause le principe même de la promesse ou de l'engagement.

Avis de cassation

³⁸ MA p.18, 19

³⁹ La recherche menée sur ce point par le rapporteur montre que cette situation concerne, outre les agents de la RATP exerçant des missions de contrôle, les magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, les experts judiciaires, les experts auprès des juridictions administratives, les interprètes, les témoins (pour lesquels nous avons vu qu'une jurisprudence constante permettait une formule de serment alternative), les personnels de la poste, les policiers municipaux et les gardes champêtres.