

Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

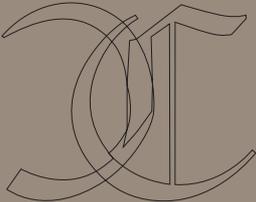
N° 811



*Publication
bimensuelle*

*15 novembre
2014*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

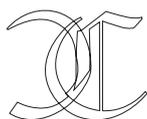
Consultez sur www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications



Par arrêt du 25 juin dernier, l'assemblée plénière a approuvé la cour d'appel qui, « *ayant relevé que le règlement intérieur d'une association disposait 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, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche" [...], a pu en déduire, appréciant de manière concrète les conditions de fonctionnement d'une association de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents, que la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché* ».

Jurisprudence



La même assemblée a jugé que « *ne peut être qualifiée d'entreprise de conviction l'association qui a pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais, aux termes de 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"* », précisant enfin qu' « *une cour d'appel a pu retenir que le licenciement pour faute grave de la salariée était justifié par son refus d'accéder aux demandes licites de son employeur de s'abstenir de porter son voile et par les insubordinations répétées et caractérisées décrites dans la lettre de licenciement, rendant impossible la poursuite du contrat de travail* ».

Doctrine



Pour Christophe Radé (*Recueil Dalloz*, 17 juillet 2014, p. 1536), cette décision, « à la fois pragmatique et équilibrée », « conforme à la jurisprudence des cours européennes », permet de distinguer trois types d'entreprises : « si l'entreprise est en charge de la gestion d'un service public, le principe constitutionnel de laïcité lui est applicable et les restrictions aux libertés des salariés peuvent être directement fondées sur l'exigence de neutralité qui en découle [...] ».

En revanche, « si l'entreprise répond aux critères de l'entreprise de tendance [...], les restrictions admises pourront être plus importantes dès lors qu'elles sont conformes aux valeurs défendues par l'entreprise et acceptées par le salarié lors de son embauche. Pour les autres entreprises, il faudra tenir compte des conditions concrètes de fonctionnement, à commencer par la taille de celle-ci [...] ».

Toutefois, d'autres éléments peuvent intervenir, tels « l'âge des "clients" de l'entreprise [...] et l'objet de l'activité ».

Enfin, le 17 juin dernier, la chambre criminelle a jugé (*infra*, n° 1422) que « si l'article L. 654-17 du code de commerce n'interdit pas à un créancier de se constituer partie civile par voie d'intervention dans une information ouverte notamment du chef de banqueroute par détournement d'actif, c'est à la condition que soit invoqué, par cette partie civile, un préjudice particulier distinct du montant de sa créance déclarée dans la procédure collective ouverte contre son débiteur et résultant directement de l'infraction ».

Approuvant cette solution, Renaud Salomon (*Droit des sociétés*, août-septembre 2014, p. 41-42) ajoute qu'« il convient cependant de relever que la grande innovation de la loi [...] du 26 juillet 2005 a été de reconnaître le droit de se constituer partie civile à la majorité des créanciers nommés contrôleurs, agissant dans l'intérêt collectif des créanciers de la procédure collective, lorsque le mandataire de justice ayant qualité pour agir ne l'a pas fait, après une mise en demeure restée sans suite ».

Table des matières

Jurisprudence

Cour de cassation (*)

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

Arrêt du 25 juin 2014

rendu par l'assemblée plénière

	<i>Page</i>
1° <u>Contrat de travail, exécution</u>	6
2° <u>Association</u>	6
3° <u>Contrat de travail, rupture</u>	6

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Question prioritaire de constitutionnalité *Numéro* *1420*

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES

	<i>Numéros</i>
<u>Action civile</u>	1421-1422
<u>Appel correctionnel ou de police</u>	1423-1424
<u>Assurance</u>	1425
<u>Cassation</u>	1426-1427
<u>Chambre de l'instruction</u>	1428
<u>Compétence</u>	1427

<u>Cour d'assises</u>	1429
<u>Crimes et délits flagrants</u>	1430
<u>Détention provisoire</u>	1431-1432
<u>Douanes</u>	1433
<u>Droits de la défense</u>	1434
<u>Extradition</u>	1435
<u>Fichier national automatisé des empreintes génétiques</u>	1436
<u>Frais et dépens</u>	1425
<u>Homicide et blessures involontaires</u>	1437
<u>Instruction</u>	1438 à 1440
<u>Intervention</u>	1441
<u>Jugements et arrêts par défaut</u>	1442
<u>Juridictions correctionnelles</u>	1443
<u>Peines</u>	1444
<u>Réglementation économique</u>	1445

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, **dans leur rédaction définitive**, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Jurisprudence

Cour de cassation

I. - ARRÊT PUBLIÉ INTÉGRALEMENT

ARRÊT DU 25 JUIN 2014 RENDU PAR L'ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

Communiqué	Page 5
Titre et sommaire	Page 6
Arrêt	Page 6
Note	Page 10
Rapport	Page 12
Avis	Page 57

5
•

COMMUNIQUÉ

Par arrêt du 25 juin 2014, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par Mme X..., épouse Y..., directrice adjointe de la crèche et halte-garderie gérée par l'association Baby-Loup, licenciée par son employeur à la suite du refus d'ôter son voile, contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant rejeté son recours.

L'assemblée plénière précise les conditions auxquelles une personne privée, en l'espèce une association, peut restreindre la liberté de ses salariés de manifester leurs convictions religieuses sur leur lieu de travail.

Elle rappelle qu'en application des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail, les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Le règlement intérieur d'une entreprise privée ne peut en effet instaurer de restrictions générales et imprécises à une liberté fondamentale.

L'association Baby-Loup avait inscrit dans son règlement intérieur la règle 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, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche ». Le licenciement de Mme Y... avait été prononcé sur le fondement de la violation de cette règle.

L'assemblée plénière approuve la cour d'appel d'avoir déduit du règlement intérieur que la restriction à la liberté de manifester sa religion qu'il édictait ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché.

La cour d'appel a, en effet, apprécié de manière concrète les conditions de fonctionnement de l'association, laquelle était de dimension réduite, puisqu'employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents. Il n'en résulte pas pour autant que le principe de laïcité, entendu au sens de l'article premier de la Constitution, est applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public.

L'assemblée plénière constate, en revanche, que l'association Baby-Loup ne pouvait être qualifiée d'entreprise de conviction, dès lors qu'elle avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais 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.

Mettant ainsi un terme au litige opposant Mme Y... à l'association Baby-Loup, l'assemblée plénière de la Cour de cassation juge, en conséquence, que la cour d'appel a pu retenir que le licenciement de Mme Y... était justifié.

Cet arrêt a été rendu sur avis conforme du procureur général.

1° Contrat de travail, exécution

Règlement intérieur. - Contenu. - Restriction aux libertés individuelles. - Restriction à la liberté religieuse. - Validité. - Condition. - Détermination. - Portée.

2° Association

Objet. - Promotion et défense de convictions religieuses, politiques ou philosophiques. - Défaut. - Détermination. - Portée.

3° Contrat de travail, rupture

Licenciement. - Cause. - Cause réelle et sérieuse. - Faute du salarié. - Faute grave. - Applications diverses. - Refus d'accéder à des demandes licites de l'employeur et insubordinations répétées et caractérisées.

1° Il résulte de la combinaison des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

Ayant relevé que le règlement intérieur d'une association disposait 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, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche* », une cour d'appel a pu en déduire, appréciant de manière concrète les conditions de fonctionnement d'une association de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents, que la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché.

2° Ne peut être qualifiée d'entreprise de conviction l'association qui a pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais, aux termes de 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* ».

3° Une cour d'appel a pu retenir que le licenciement pour faute grave de la salariée était justifié par son refus d'accéder aux demandes licites de son employeur de s'abstenir de porter son voile et par les insubordinations répétées et caractérisées décrites dans la lettre de licenciement, rendant impossible la poursuite du contrat de travail.

ARRÊT

La Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par Mme Fatima X..., épouse Y..., domiciliée [...] 78570 Chanteloup-les-Vignes, contre l'arrêt rendu le 27 novembre 2013 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 9, audience solennelle), dans le litige l'opposant à l'association Baby-Loup, dont le siège est 12, place du Trident, 78570 Chanteloup-les-Vignes, défenderesse à la cassation ;

Mme Fatima X..., épouse Y..., s'est pourvue en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Versailles (onzième chambre) en date du 27 octobre 2011 ;

Cet arrêt a été cassé le 19 mars 2013 par la chambre sociale de la Cour de cassation ;

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Paris, qui, saisie de la même affaire, a statué par arrêt du 27 novembre 2013 ;

Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris, le premier président a, par ordonnance du 8 janvier 2014, renvoyé la cause et les parties devant l'assemblée plénière ;

La demanderesse invoque, devant l'assemblée plénière, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de Mme X..., épouse Y... ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par M^e Spinosi, avocat de l'association Baby-Loup ;

Le rapport écrit de M. Truchot, conseiller, et l'avis écrit de M. Marin, procureur général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

Sur le rapport de M. Truchot, conseiller, assisté de MM. Burgaud et Pons, auditeurs au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, de M^e Spinosi, l'avis de M. Marin, procureur général, auquel les parties, invitées à le faire, ont répliqué, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur les cinq moyens réunis, pris en leurs diverses branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 27 novembre 2013), rendu sur renvoi après cassation (Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-28.645, *Bull.* 2013, V, n° 75), que, 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 ; qu'en mai 2003, elle a bénéficié d'un congé de maternité, suivi d'un congé parental jusqu'au 8 décembre 2008 ; qu'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 contrevenu aux dispositions du règlement intérieur de l'association en portant un voile islamique et en raison de son comportement après cette mise à pied ; 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 en nullité de son licenciement et en paiement de diverses sommes ;

Attendu que Mme X..., épouse Y..., fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes, alors, selon le moyen :

1° que 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 ; que ne constitue pas une entreprise de tendance ou de conviction une association 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'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes [...] sans distinction d'opinion politique et confessionnelle » ; qu'en se fondant sur les missions statutairement définies pour qualifier l'association Baby-Loup d'entreprise de conviction cependant que son objet statutaire n'exprime aucune adhésion à une doctrine philosophique ou religieuse, la cour d'appel a violé 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 et l'article 4, § 2, de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000 ;

2° que les convictions ou tendances d'une entreprise procèdent d'un choix philosophique, idéologique ou religieux, et non de la nécessité de respecter des normes juridiques ou des contraintes attachées à la nature des activités de l'entreprise ; que la nécessité prétendue de protéger la liberté de conscience, de pensée et de religion de l'enfant déduite de la Convention de New York ou celle de respecter la pluralité des options religieuses des femmes au profit desquelles est mise en œuvre une insertion sociale et professionnelle dans un environnement multiconfessionnel ne sont pas constitutivement liées à une entreprise de conviction ; qu'en se fondant sur cette « nécessité » pour qualifier l'association Baby-Loup d'entreprise de conviction en mesure d'exiger la neutralité de ses employés, la cour d'appel a violé 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 et l'article 4, § 2, précité de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000 ;

3° que l'article 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant - qui n'est pas au demeurant d'application directe - n'emporte aucune obligation qu'une entreprise recevant de petits enfants ou dédiée à la petite enfance soit obligée d'imposer à son personnel une obligation de neutralité ou de laïcité ; que la cour d'appel a violé ledit texte par fautive application, outre les textes précités ;

4° qu'en tant que mode d'organisation de l'entreprise destiné à « transcender le multiculturalisme » des personnes à qui elle s'adresse, la neutralité n'exprime et n'impose aux salariés l'adhésion à aucun choix politique, philosophique ou idéologique, seul apte à emporter la qualification d'entreprise de tendance ou de conviction ; que la cour d'appel a violé 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 et l'article 4, § 2, de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000 ;

5° que la laïcité, principe constitutionnel d'organisation de l'État, 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 ; que la cour d'appel a violé les 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article premier de la Constitution ;

6° qu'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'État ; que ni le principe de laïcité, instauré par l'article premier 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 ; qu'ils ne peuvent dès lors être invoqués 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 ; qu'en retenant que l'association Baby-Loup pouvait imposer une obligation de neutralité à son personnel dans l'exercice de ses tâches, emportant notamment interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion aux motifs de la nécessité de protéger la liberté de pensée, de conscience et de religion à construire pour chaque enfant ainsi que la pluralité des options religieuses des femmes au profit desquelles est mise en œuvre une insertion sociale et professionnelle aux métiers de la petite enfance, et que l'entreprise assure une mission d'intérêt général subventionnée par des fonds publics, la cour d'appel a violé les articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, ensemble l'article 10 de la Déclaration des

droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les articles 1 à 4 de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000 ;

7° que 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 ; que cette loi nationale doit elle-même, au sens de cette jurisprudence, respecter l'ordre interne de création des normes ; qu'il en résulte 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 ; que la cour d'appel a violé les articles 34 de la Constitution, 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 9, § 2, de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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 78/2000/CE du 27 novembre 2000, 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et a excédé ses pouvoirs ;

8° qu'une mesure ou une différence de traitement fondée notamment 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 ; qu'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 », la cour d'appel, qui a confondu exigence professionnelle essentielle et déterminante et objectif légitime, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1133-1 et L. 1132-1 du code du travail, 1 à 4 de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000, 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

9° que l'arrêt attaqué, qui n'a pas 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..., a privé sa décision de toute 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1 à 4 de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000, 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

10° qu'à supposer que l'employeur eût été en l'espèce une entreprise de conviction au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et définie par la directive communautaire 78/2000/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, en l'absence de dispositions particulières en droit interne, de telles entreprises sont soumises, comme tout employeur de droit privé, 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 proportionnées au but recherché ; qu'en retenant qu'une personne morale de droit privé, constituant une entreprise de conviction au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, peut se doter d'un règlement intérieur prévoyant une obligation générale de neutralité du personnel dans l'exercice de ses tâches, emportant notamment interdiction de tout signe ostentatoire de religion, la cour d'appel a violé les articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, ensemble l'article 4, § 2, de la directive communautaire 78/2000/CE du 27 novembre 2000, 9 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

11° que la qualification d'entreprise de conviction - ou de tendance - 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 ; qu'en validant un licenciement prononcé pour faute grave, la cour d'appel a violé les textes précités, outre les articles L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1234-9 du code du travail ;

12° que l'inscription éventuelle, dans le règlement intérieur d'une entreprise de tendance ou 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 ; que la cour d'appel a encore violé l'ensemble des textes précités ;

13° qu'en toute hypothèse, aux termes de l'article 4, § 2, de la directive précitée du 27 novembre 2000, le régime dérogatoire prévu pour les entreprises de tendance s'applique « aux activités professionnelles d'églises » et « aux autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions » 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 » ; que cette disposition 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 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 » ; que 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'État membre ; qu'en retenant qu'une personne morale de droit privé, constituant une entreprise de conviction au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, peut se doter d'un règlement intérieur prévoyant une obligation générale de neutralité du personnel dans l'exercice de ses tâches emportant notamment interdiction de tout signe ostentatoire de religion et licencié pour faute un salarié au seul motif du port d'un signe religieux, la cour d'appel a violé les articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, ensemble l'article 4, § 2, de la directive communautaire 78/2000/CE du 27 novembre 2000, 9 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

14° que le règlement intérieur, fût-ce dans une entreprise dite de tendance ou de conviction, ne peut contenir des 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 ; que l'article II, A, du règlement intérieur de l'association Baby-Loup, figurant au titre des « règles générales et permanentes relatives à la discipline au sein de l'association » applicables à l'ensemble du personnel, est ainsi rédigé : « 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 » ; qu'en ce qu'elle 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'elle impliquerait, en fonction des tâches à accomplir, cette disposition, générale et imprécise, est illicite et porte une atteinte disproportionnée aux libertés des salariés ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1121-1, L. 1321-3 et L. 1132-1 du code du travail, ensemble les articles 9 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

15° que 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 » est entachée du même vice de généralité et contraire aux textes précités, que la cour d'appel a derechef violés ;

16° qu'en estimant, sous couvert d'interprétation, que la disposition précitée de l'article II, A, du règlement intérieur de l'association Baby-Loup est d'application limitée « aux activités d'éveil et d'accompagnement des enfants à l'intérieur et à l'extérieur des locaux professionnels » et « 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, qui en a dénaturé les termes et la portée, a violé l'article 1134 du code civil ;

17° que 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 ; que le licenciement, intervenu en l'espèce à raison du refus de la salariée d'ôter un signe d'appartenance religieuse, est nul, de sorte qu'en se fondant sur les autres griefs invoqués dans la lettre de licenciement pour justifier le licenciement, la cour d'appel a violé les articles L. 1132-4, L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail ;

18° que le refus du salarié de se soumettre à une mise à pied conservatoire injustifiée ne peut justifier le licenciement ; qu'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 ; qu'en se fondant dès lors sur le fait que Mme Y... était demeurée sur son lieu de travail malgré la mise à pied qui lui avait été signifiée pour justifier le licenciement pour faute grave, la cour d'appel a violé les articles L. 1234-1, L. 1331-1, L. 1234-9, L. 1232-1 du code du travail ;

19° que n'est pas fautif le comportement du salarié qui n'est que l'expression du refus par celui-ci de se conformer à une décision illicite de l'employeur ; que l'ensemble des autres griefs reprochés à Mme Y... n'ayant été que l'expression, aussi vive soit-elle, de son refus de se conformer à l'ordre illicite qui lui avait été donné de quitter son voile, la cour d'appel ne pouvait y puiser la justification de son licenciement pour faute grave sans violer les articles L. 1234-1, L. 1331-1, L. 1234-9, L. 1232-1 du code du travail ;

20° que, lorsque sont invoqués plusieurs griefs de licenciement dont l'un d'eux est susceptible d'entraîner la nullité de ce 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 de faute grave ; qu'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 a méconnu l'étendue de son office et violé les articles 4 du code civil, L. 1234-1, L. 1331-1, L. 1234-9, L. 1232-1 du code du travail ;

21° que 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 était 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 ; que la cour d'appel a violé les articles L. 1234-1, L. 1234-9, L. 1232-1, L. 1331-1 du code du travail ;

22° que la lettre de licenciement ne mentionnait aucun fait d'agressivité et encore moins à l'égard des « collègues » de Mme Y... ; que la cour d'appel, en lui imputant ce fait à faute, a violé le cadre du litige et les articles précités du code du travail et 4 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ;

Attendu qu'ayant relevé que le règlement intérieur de l'association Baby-Loup, tel qu'amendé en 2003, disposait 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, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche », la cour d'appel a pu en déduire, appréciant de manière concrète les conditions de fonctionnement d'une association de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents, que la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché ;

Et attendu que sont erronés, mais surabondants, les motifs de l'arrêt qualifiant l'association Baby-Loup d'entreprise de conviction, dès lors que cette association avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions

religieuses, politiques ou philosophiques, mais, aux termes de 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* » ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel a pu retenir que le licenciement pour faute grave de Mme X..., épouse Y..., était justifié par son refus d'accéder aux demandes licites de son employeur de s'abstenir de porter son voile et par les insubordinations répétées et caractérisées décrites dans la lettre de licenciement et rendant impossible la poursuite du contrat de travail ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en sa treizième branche, qui manque en fait en ses dix-septième à vingt-deuxième branches et ne peut être accueilli en ses sept premières branches et en ses dixième, onzième et douzième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi.

Ass. plén., 25 juin 2014

REJET

N° 13-28. 369. - CA Paris, 27 novembre 2013.

M. Lamanda, P. Pt. - M. Truchot, Rap., assisté de MM. Burgaud et Pons, auditeurs. - M. Marin, procureur général. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Spinosi, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 26, 1^{er} juillet 2014, Actualités, n° 246, p. 11 (« Affaire Baby-Loup : l'assemblée plénière de la Cour de cassation a tranché »). Voir également cette même revue, n° 27, 8 juillet 2014, Jurisprudence, n° 1287, p. 17 à 22, note Bernard Bossu (« Affaire Baby-Loup : décision en demi-teinte de l'assemblée plénière »), La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 27, 3 juillet 2014, Actualités, n° 491, p. 18 (« Affaire Baby-Loup : licenciement confirmé par l'assemblée plénière »), le Recueil Dalloz, n° 24, 3 juillet 2014, Actualité/droit du travail et sécurité sociale, p. 1386 (« Affaire Baby-Loup : obligation de neutralité confirmée par la Cour de cassation »), cette même revue, n° 26, 17 juillet 2014, Entretien avec Christophe Radé, p. 1536 (« L'après Baby-Loup »), et La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 7 juillet 2014, Le mot de la semaine, n° 804, p. 1367, note Jean-Emmanuel Ray (« Baby-Loup : les enfants d'abord ! »).

Note sous assemblée plénière, 25 juin 2014

Par cet arrêt, l'assemblée plénière de la Cour de cassation précise les conditions auxquelles une personne privée, en l'espèce une association, peut restreindre la liberté de ses salariés de manifester leurs convictions religieuses sur leur lieu de travail.

L'assemblée plénière rejette le pourvoi formé par Mme X..., qui avait été licenciée par cette association à la suite du refus d'ôter son voile, contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant rejeté son recours.

Mme X... avait 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. À son retour de congé parental, elle avait été convoquée à un entretien préalable en vue de son éventuel licenciement, avec mise à pied à titre conservatoire, puis licenciée pour faute grave, pour avoir contrevenu aux dispositions du règlement intérieur de l'association en portant un voile islamique et en raison de son comportement après cette mise à pied.

Le licenciement était fondé sur la violation de la clause du règlement intérieur de l'association Baby-Loup prévoyant 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* ».

S'estimant victime d'une discrimination au regard de ses convictions religieuses, Mme X... avait saisi la juridiction prud'homale en nullité de son licenciement et en paiement de diverses sommes.

Statuant sur un premier pourvoi, dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Versailles rejetant le recours de Mme X..., la chambre sociale de la Cour de cassation avait cassé cet arrêt aux motifs, d'abord, que le principe de laïcité instauré par l'article premier de la Constitution n'était pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public. La Cour de cassation précisait que ce principe ne pouvait dès lors être invoqué pour les priver de la protection que leur assurent les dispositions du code du travail. La cassation de l'arrêt était fondée, ensuite, sur 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, dont il résultait, selon la Cour, que les restrictions à la liberté religieuse devaient être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, et proportionnées au but recherché (Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-28.845, *Bull.* 2013, V, n° 75).

Dans cet arrêt du 19 mars 2013, la Cour de cassation a considéré que la clause litigieuse 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.

Par arrêt du 27 novembre 2013, rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel de Paris a cependant, comme la cour d'appel de Versailles avant elle, mais en recourant à une motivation différente, rejeté le recours de Mme X..., provoquant, après la formation d'un nouveau pourvoi, la réunion de l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Dans l'arrêt ici commenté, la Cour de cassation rappelle qu'en application des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail, les restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions religieuses doivent être justifiées par

la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Elle énonce ainsi clairement que le règlement intérieur d'une entreprise privée ne peut instaurer de restrictions générales et imprécises à une liberté fondamentale, en l'espèce la liberté religieuse.

Elle procède, en revanche, à une interprétation différente de celle de la chambre sociale de la clause du règlement intérieur sur laquelle était fondé le licenciement.

L'assemblée plénière approuve la cour d'appel d'avoir déduit du règlement intérieur que la restriction à la liberté de manifester sa religion qu'il édictait ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché.

Elle considère que la cour d'appel a apprécié de manière concrète les conditions de fonctionnement de l'association, laquelle était de dimension réduite, puisqu'employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents.

La clause litigieuse, à s'en tenir à sa lettre, pouvait apparaître comme générale et imprécise. Cependant, son interprétation, opérée dans le contexte précis d'une association au sein de laquelle, en raison de sa taille limitée, chacun des membres du personnel, chargé ou non d'exercer des missions éducatives, pouvait être amené à rencontrer les enfants et leurs familles, permettait de conclure à la proportionnalité de la restriction énoncée.

Il n'en résulte pas pour autant que le principe de laïcité, entendu au sens de l'article premier de la Constitution, est applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public. Sur ce point, la solution retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 19 mars 2013 n'est pas remise en cause.

L'assemblée plénière constate, en outre, que, contrairement à ce qu'a jugé la cour d'appel, l'association Baby-Loup ne peut être qualifiée d'entreprise de conviction. L'association a pour objet, en effet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais 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.

Est ainsi approuvée l'idée selon laquelle la neutralité confessionnelle prescrite par une personne privée n'est pas une tendance ou une conviction, mais une absence de tendance.

En procédant ainsi à la qualification de l'association Baby-Loup au regard de la notion d'entreprise de conviction, la Cour de cassation répond aux griefs invoqués sur ce point par Mme X... sans traiter la question préalable, mais en tout état de cause inopérante, eu égard à la qualification retenue, des conséquences juridiques à tirer de l'application au présent litige de l'article 4, § 2, de la directive 78 /2000/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

Ce texte subordonne à l'adoption d'une législation nationale, inexistante à ce jour en France, le droit pour les États membres de l'Union européenne de permettre que certaines discriminations susceptibles d'être justifiées par l'existence d'une obligation de loyauté soient pratiquées par des entreprises de conviction à l'égard des membres de leur personnel.

Mettant ainsi un terme au litige opposant Mme X... à l'association Baby-Loup, l'arrêt du 25 juin 2014 apporte de nouveaux éléments sur le droit applicable dans le domaine de l'expression des convictions religieuses au sein de l'entreprise, même si, en l'espèce, l'entreprise en cause présentait, par la nature de sa mission et par sa dimension, des caractéristiques spécifiques.

Rapport de M. Truchot

Conseiller rapporteur

SOMMAIRE

I. - Rappel des faits et de la procédure

II. - Analyse succincte des moyens

III. - Principaux points de droit faisant difficulté à juger

IV. - Analyse des principaux points de droit invoqués

A. - Le voile islamique

1° Sens du voile islamique et perception

2° Éléments de droit comparé

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

1° Principes de raisonnement des juges du fond

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

b) *L'arrêt de la cour d'appel de Versailles*

c) *L'arrêt de la cour d'appel de Paris*

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

2° La liberté religieuse en droit européen

a) *Droit de la Convention*

- Dispositions applicables

- Méthodes et interprétation

b) *Droit de l'Union européenne*

3° L'entreprise de conviction

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

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 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)

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

- 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)

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

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)*

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

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

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

- Appréciations sur le degré de précision de la clause litigieuse

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

- 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

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)

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

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)

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

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

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)

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)

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 premier 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 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 ; 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'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, 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

M. Bailly, Pt (f.f.). - M. Huglo, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

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'œuvrer 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 Île-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 œuvre 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 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 de 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 de 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-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'œuvrer 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 œuvre 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 premier de la Constitution**, la laïcité, principe constitutionnel d'organisation de l'État, 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'État. Selon cette branche, ni le principe de laïcité, instauré par l'article premier 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'État 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 œuvre 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 États, à des régimes juridiques variés (2°).

¹ Mémoire ampliatif, p. 3.

² Rapport de M. le conseiller Huglo dans la présente affaire, pourvoi n° 11-28.845, *Bull.* 2003, V, n° 75, page 7.

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'État sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci⁴.

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.

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 reflètent 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, 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 prosélyte 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

³ Sur 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.

⁴ CEDH, 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 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 proportionnée 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.

⁵ CEDH, 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.

⁶ Cour 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.

⁷ Rapport, p. 121, R. Duberland, « Perceptions internationales de la laïcité en France ».

⁸ *Ibid.*, p. 122.

⁹ Selon 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.

d'État a jugé que « *le foulard par lequel [cette élève] entendait exprimer ses 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 prosélytisme* »¹¹.

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'État 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^e) Éléments de droit comparé

L'étude des normes en vigueur dans plusieurs États 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.

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 dispositions spécifiques¹⁸, en invoquant le devoir de neutralité de l'État 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.

¹¹ Conseil d'État, 27 novembre 1996, n° 170941.

¹² Conseil d'État, 5 décembre 2007, n° 285394, 285395, 285396.

¹³ 1^{er} Civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 02-19.831, *Bull.* 2005, I, n° 271.

¹⁴ C. Wolmark, article préc.

¹⁵ Selon 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 pachtounes 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* ».

¹⁶ CEDH, Leyla Sahin, préc., § 59 ; étude 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)* », étude réalisée par le bureau du droit comparé du SAEI, ministère de la justice, octobre 2012.

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

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

En **Autriche**, le port du foulard islamique par les enseignantes ne fait l'objet d'aucune réglementation²⁰. À 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'il ne soit pas identifiable. 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.

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.

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 **États-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 États-Unis ont adopté des règles permettant à leurs agents de porter le voile dans l'exercice de leurs fonctions³⁴.

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

²¹ *Ibid.*

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

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

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

²⁵ Étude 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 Étude du Sénat de 2009, préc.

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

²⁸ Étude comparative sur la laïcité du bureau du droit comparé du SAEI, ministère de la justice, juillet 2013.

²⁹ Étude du Sénat de 2009, préc.

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

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

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

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

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

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

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'œuvrer 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'État 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 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 œuvre 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'État 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 États 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'État mais contre une personne privée, et en particulier, comme en l'espèce, contre une ingérence imputée à un employeur. Les États 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 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'État 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'État 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'État 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*

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

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

³⁷ V. 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.

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

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

⁴⁰ *Ibid.*, § 40.

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 États 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 États 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 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 premier, 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 52, paragraphe premier, 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 52, 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 premier, 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 premier ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

Cette 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

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

⁴² Rapport, IV, B, 3°, a, p. 25.

⁴³ *Tendenzbetrieb*, littéralement « établissement de tendance ».

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

⁴⁵ Ph. Waquet, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gazette du Palais* 1996, p. 1427.

⁴⁶ Il 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).

à ses employés des exigences professionnelles particulières⁴⁷. Ces obligations de loyauté sont susceptibles de limiter les droits que ceux-ci tiennent de la Convention : 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 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 États 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.

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

⁴⁸ G. 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.

⁴⁹ Voir, 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 premier 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 œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement ».

⁵⁰ Entendue 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.

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 États 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 États 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 ;

- les États 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 dérogatoires 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, relatif à l'application de la directive 2000/78, que la France est l'un des États 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 permettaient 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'État 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 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, relatif 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 CEDH 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

⁵¹ Rapport du 17 janvier 2014 sur l'application de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et de la directive 2000/78, COM CE (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 [...] ».

⁵² Selon M.-A. Moreau, « la directive permet à un État 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.

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

⁵⁴ Arrêt attaqué, p. 3.

⁵⁵ B. Aldigé, avis, p. 14 et 15.

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

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

⁵⁸ Arrêt préc.

⁵⁹ Et 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.

⁶⁰ B. Aldigé, avis préc., p. 20.

⁶¹ F. Falletti, conclusions du 14 octobre 2013.

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 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.

En droit de l'Union, d'abord : l'article 4, paragraphe 2, accorde aux États 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 États 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 État 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 États 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'État 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.

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

⁶² Outre 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).

⁶³ N. 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 (directive du 27 novembre 2000, n° 2000/78/CE, article 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.

⁶⁴ J. 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.

⁶⁵ J. 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.

⁶⁶ On 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.

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

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 premier, 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.

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 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 contraints 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 religieuse⁷¹ ? »

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.

⁶⁸ Aux 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 premier 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 mœurs, 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 ».

⁶⁹ Aux 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 ».

⁷⁰ Affaire n° 314/85, Rec. 1987, p. 4199.

⁷¹ P. Waquet, article « Le droit actuel offre toutes les ressources utiles », préc.

⁷² Pourvoi n° 76-41.211, Bull. 1978, Ass. plén., n° 1.

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 premier 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 », et 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 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 mœurs 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 mœurs 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 première 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'État a constaté qu'aucune disposition législative ne faisait obstacle « à ce que le respect du caractère propre des établissements d'enseignements privés », 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 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 »⁷⁶.

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, Église 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'Église, 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

⁷³ Pourvoi n° 84-43.243, *Bull.* 1986, V, n° 555.

⁷⁴ Pourvoi n° 90-42.636, *Bull.* 1991, V, n° 201.

⁷⁵ Arrêt préc., pourvoi n° 02-19.831, *Bull.* 2005, I, n° 271.

⁷⁶ Conseil d'État, Association familiale de l'externat Saint-Joseph, n° 85429, *Rec.*, p. 223.

⁷⁷ Dans 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.

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

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

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

un devoir de loyauté envers l'Église catholique qui avait limité jusqu'à un certain point sa liberté d'expression. Élargissant 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'Église catholique ou ses institutions* ». Examinant ensuite les sources 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 cœur 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 de proportionnalité* »⁸⁵, pour conclure que, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention.

À 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 CE 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.

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.

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

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

⁸³ Licenciement 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.

⁸⁴ Dans la décision *Rommelfanger*, le droit invoqué par le requérant était le droit à la liberté d'expression, garanti par l'article 10, paragraphe premier, 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.

⁸⁵ §§ 66 et 69.

⁸⁶ § 51.

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

⁸⁸ *Ibid.*, § 52.

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 État 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 États et de la Convention que les États 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.

Une distinction doit sans doute être opérée selon que l'État 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'État 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'État 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'État défendeur, la Cour doit examiner les questions sur le terrain de l'obligation positive incombant aux instances de l'État 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'État 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'État 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 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 États 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.

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

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

⁹¹ Voir, sur cette distinction, IV, B, 2°, a, p. 23 et 24, du présent rapport.

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

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

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

⁹⁵ *Ibid.*, § 91.

⁹⁶ *Ibid.*, § 92.

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

Selon la Cour de Strasbourg, « *la question principale qui se pose en l'espèce est [...] de savoir si l'État 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 l'Église 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 États au titre de leurs obligations négatives, la Cour de Strasbourg n'a pas vérifié que l'ingérence invoquée à la liberté religieuse était « *prévue 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'État allemand d'offrir à la requérante une protection supérieure* », elle s'est référée « *à la marge d'appréciation de l'État 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'Église protestante, laquelle pouvait 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* »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 États 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 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.

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

⁹⁹ *Ibid.*, § 26.

¹⁰⁰ *Ibid.*, § 47.

¹⁰¹ *Ibid.*, § 42.

¹⁰² *Ibid.*, § 43.

¹⁰³ *Ibid.*, § 44.

¹⁰⁴ F. Sudre, préc., point 201.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ L'article 2 du Protocole n° 1, intitulé « *Droit à l'instruction* », dispose : « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, 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* ».

¹⁰⁷ CEDH, n° 30814/06, § 58.

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 État 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'État, lequel doit se distancier de la sphère religieuse et adopter une attitude identique à l'égard de toutes les orientations religieuses* » et que, « *autrement dit, la neutralité oblige l'État 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'État, 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'État, 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 États 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 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*

¹⁰⁸ J.-E. Ray, « À 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.

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

¹¹⁰ Arrêt Lautsi, préc., § 43.

¹¹¹ *Ibid.*, § 44.

¹¹² *Ibid.*, § 60. À 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 garantit le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte* » (considérant 5).

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

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

¹¹⁵ J.-E. Ray, article préc. La même filiation a été prouvée à l'arrêt de la cour d'appel de Versailles et à l'avis de M. Auldige 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.).

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

¹¹⁷ F. Gaudu, article « L'entreprise de tendance laïque », préc.

¹¹⁸ *Ibid.*

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

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.

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

¹²⁰ G. 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 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 CEDH. 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.

¹²¹ C. 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.

¹²² 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. Voir aussi article « Affaire Baby-Loup : la cour d'appel de Paris s'oppose à la Cour de cassation », préc.

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

¹²⁴ B. Aldigé, avis préc., p. 22.

¹²⁵ B. 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.

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 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'État, 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.

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 Lautsi¹³³). 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

¹²⁶ F. Canut, article préc.

¹²⁷ E. 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.

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

¹²⁹ CNCDH, « Avis sur la laïcité », 26 septembre 2013.

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

¹³¹ B. Bossu, « Affaire Baby-Loup : le retour à la case départ », *La Semaine juridique, édition entreprise et affaires*, n° 51, 19 décembre 2013, 1710.

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

¹³³ Il convient sans doute de lire « Dahlab ».

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 Troisième 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 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.

- 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)

Évoquant 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 États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

2. Les États 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'État a jugé que les stipulations de l'article 14-1 de la CIDE « créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés »¹⁴¹, de sorte qu'un particulier ne peut s'en prévaloir.

¹³⁴ J.-F. Akandji-Kombé, article préc.

¹³⁵ J.-E. Ray, article préc.

¹³⁶ J. Mouly, article « L'affaire Baby-Loup devant la cour de renvoi : la revanche de la laïcité ? », préc.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ J.-D. Dreyfus, « La neutralité religieuse peut être imposée au personnel d'une crèche associative, entreprise de conviction », *Actualité juridique Collectivités territoriales* 2014, p. 63.

¹⁴⁰ Arrêt attaqué, p. 3.

¹⁴¹ Conseil d'État, 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 États 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 États 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'État 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 États 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 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 œuvre 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 objectif¹⁴⁸.

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'État partie, condition à laquelle satisfait incontestablement la CIDE ; d'autre part, il faut que les États parties aient voulu faire 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'État en application du critère objectif.

¹⁴² 1^{er} Civ., 10 mars 1993, pourvoi n° 91-11.310, *Bull.* 1993, 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 États parties, n'étant pas directement applicable en droit interne* ».

¹⁴³ 1^{er} Civ., 15 juillet 1993, pourvois n° 92-05.015 et 91-18.735, *Bull.* 1993, 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 œuvre 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'État 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 États qui ratifient 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 États 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'État* », *Recueil Dalloz* 1998, p. 15.

¹⁴⁴ 1^{er} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n° 02-16.336, *Bull.* 2005, I, n° 211 ; 18 mai 2005, pourvoi n° 02-20.613, *Bull.* 2005, I, n° 212 ; 14 juin 2005, pourvoi n° 04-16.942, *Bull.* 2005, I, n° 245.

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

¹⁴⁶ D. 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.

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

¹⁴⁸ *Ibid.* 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.

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

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ D. Bureau, article préc.

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 (article 2-2 : "Les États prennent toutes les mesures appropriées..." ; article 3-3 : "Les États veillent à ce que ..." ; article 4 : "Les États s'engagent à prendre toutes les mesures ..." ; article 18-1 : "Les États 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 œuvre 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 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 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 œuvre 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.

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.

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

¹⁵³ A. 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.

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

¹⁵⁵ CEDH, arrêt Schüth, préc., § 69.

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 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 Corrigan-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 professionnelle), mais 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 était « *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 restrictions et discriminations 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 proportionnée 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.

¹⁵⁶ N. Moizard, article préc.

¹⁵⁷ E. Dockès, article préc.

¹⁵⁸ D. Corrigan-Carsin, article préc.

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

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

¹⁶¹ Encore 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.

¹⁶² Dans 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 corrélatif* », 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 premier 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 mœurs, 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 mœurs, 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 États 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'État 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'État jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation* »¹⁶⁵.

La Cour rappelle également « *que la marge d'appréciation reconnue à l'État est plus large lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États 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'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention* »¹⁶⁶.

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 examinée, 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

¹⁶³ CEDH, Affaire linguistique belge, 23 juillet 1968.

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

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

¹⁶⁶ CEDH, Siebenhaar, préc., § 39.

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 considérée 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.

Rappelant les termes de l'article L. 1321-1 du code du travail¹⁷⁰, il a exposé que « seules les mesures visées au 1^o et au 2^o 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^o 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'État », 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'État de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits énoncés à l'article 9 »¹⁷³.

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.

¹⁶⁷ P. 39.

¹⁶⁸ Soc., 25 septembre 1991, pourvoi n° 87-42.396, Bull. 1991, V, n° 381.

¹⁶⁹ Soc., 16 décembre 1992, pourvoi n° 90-14.337, Bull. 1992, V, n° 602.

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

1^o 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^o 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^o Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ».

¹⁷¹ Ibid., p. 40.

¹⁷² Voir IV, B, 3^o, b, p. 31 et s. du présent rapport.

¹⁷³ CEDH, arrêt Eweida, préc., § 84.

¹⁷⁴ Selon 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.

¹⁷⁵ Voir IV, B, 4^o, a, p. 77 et s. du présent rapport.

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 fondées sur celle-ci relatifs aux entreprises de tendance et aux entreprises « *ordinaires* »¹⁷⁶.

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'amplement 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 disciplinaires et non disciplinaires¹⁷⁹.

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.

À 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 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

¹⁷⁶ Voir IV, B, 4^o, b, p. 46 et s. du présent rapport.

¹⁷⁷ Lettre de licenciement, p. 3.

¹⁷⁸ Voir, sur ce point, IV, C, 1^o, c, p. 54 et s. du présent rapport.

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

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Soc., 12 mars 1991, pourvoi n° 88-43.051, *Bull.* 1991, V, n° 120.

¹⁸² *Ibid.*

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

¹⁸⁴ Voir, par exemple, Soc., 16 décembre 1997, pourvoi n° 95-41.326, *Bull.* 1997, V, n° 441.

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

¹⁸⁶ P.-H. Antonmattei, « Le licenciement pour trouble objectif », *Droit social* 2012, p. 10.

¹⁸⁷ M. 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.

¹⁸⁸ P. 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.

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 justifié par les circonstances de l'espèce, en rapport avec les « *curiosités ou goûts distractifs et sexuels de l'intéressé* »¹⁹². Elle ne remet nullement 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.

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

¹⁸⁹ Voir, par exemple, Soc., 22 janvier 1992, pourvoi n° 90-42.517, *Bull.* 1992, 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 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).

¹⁹⁰ Voir, 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 Soc., 21 octobre 2003, pourvois n° 00-95.291 et 01-44.761, *Bull.* 2003, 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).

¹⁹¹ Chambre mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 3.

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

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

¹⁹⁴ P. Waquet, article « *Le "trouble objectif dans l'entreprise" : une notion à redéfinir* », préc.

¹⁹⁵ P.-H. Antonmattei, article « *Le licenciement pour trouble objectif* », préc.

¹⁹⁶ Arrêt du 19 mai 1978, préc.

¹⁹⁷ Arrêt attaqué, p. 3.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 2.

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 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 imprécises²⁰¹.

¹⁹⁹ Jugement, p. 9.

²⁰⁰ Soc., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-14.476, Bull. 2012, V, n° 121.

²⁰¹ Étude du Conseil d'État du 19 décembre 2013, demandée par le Défenseur des droits, point 1.3.

Dans son rapport, M. Huglo rappelait qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil d'État « *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 enseignants d'un établissement privé d'enseignement catholique de respecter son caractère propre, qui figurait dans son règlement intérieur, le Conseil d'État a admis que le caractère propre 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 instaure 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 « *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 Corrigan-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.

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.

²⁰² Rapport 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'État, 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*.

²⁰³ Soc., 9 juin 1998, pourvoi n° 95-45.019, *Bull.* 1998, V, n° 315.

²⁰⁴ P. Waquet, article « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », préc.

²⁰⁵ Rapport précité, p. 61.

²⁰⁶ B. Aldigé, avis préc., p. 26.

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

²⁰⁸ P. Adam, article préc.

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

²¹⁰ B. Bossu, article préc.

²¹¹ F. Canut, article préc.

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

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

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'œuvrer 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 circonstanciée 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 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 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 L. 1121-1 et L. 1321-3 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 pour quoi une salariée au contact du public et refusant de retirer son voile peut être valablement licenciée (CA Paris, 16 mars 2001, JCP 2001,

²¹⁴ Conclusions, préc., p. 20.

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

²¹⁶ 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.

²¹⁷ B. Aldigé, avis préc., p. 26.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 27.

éd. E, 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). À 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 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.

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'Église 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'Église 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'Église 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 États 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

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

²²⁰ Arrêt attaqué, page 2.

²²¹ *Ibid.*, page 3.

²²² Mémoire en défense, point VIII-1.4.

²²³ § 49. La même appréciation figure au § 45 de l'arrêt *Siebenhaar*, préc. Elle figure aussi, quoique exprimée en des termes différents (« les juridictions du travail ont considéré le point de vue de l'Église 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 *Shüth*, 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'État défendeur de reconnaître les droits garantis à l'intéressé par cette disposition » (CEDH, arrêt *Eweida*, préc., § 108).

²²⁶ *Ibid.*, § 109.

leur droit de 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'État, les deux autres intéressant les obligations négatives de l'État 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 œuvre [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 attachés 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 ;

- 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 États 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.

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'État 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.

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

²²⁸ *Ibid.*, § 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.

²²⁹ *Ibid.*, § 99, 106 et 109.

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

²³¹ Dans 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).

²³² Rappelons que, dans les trois arrêts, l'employeur est une « communauté religieuse ».

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

La Cour constate d'abord que l'État 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'État 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'État 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'Église 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 réglementation régissant celui-ci ; le comportement de la requérante (déclarations signées par la requérante et incompatibilité des enseignements de l'Église universelle, dont elle était membre, avec ceux de l'Église protestante) avait méconnu cette règle ; le risque que l'engagement de la requérante ait des répercussions sur son travail ; l'intérêt de l'Église 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'Église protestante gérant le jardin d'enfants » ; la 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'Église mormone concernant la fidélité dans le mariage) n'est pas en contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique national ; l'Église 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'Église 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'Église ; 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 extraconjugale 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'État concerné n'avait pas procuré à ce dernier la protection nécessaire²³⁹.

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 manœuvre de l'État 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

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

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

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

²³⁷ § 44.

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

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

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.

Soc., 10 mars 2009, pourvoi n° 07-44.092, Bull. 2009, 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. X... 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 ».

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. X... 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

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

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

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

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

²⁴⁴ Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-69.444, *Bull.* 2011, V, n° 168.

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. X..., 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 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 ;

Et attendu que la cour d'appel a constaté qu'à compter du mois d'avril 2006, le supérieur hiérarchique de M. X... 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. X... 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 ».

Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-69.444, Bull. 2011, 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 X... 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 X..., 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 X..., 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.

Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-40.628, Bull. 2010, V, n° 124

« Mais attendu qu'il résulte de l'arrêt que M. X... 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 ».

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. X... 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. X... 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. X... 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 1^{er} 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 dans 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.

Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-40.139, Bull. 2009, 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un mouvement de grève a eu lieu le 31 décembre 2006 au sein du Casino d'Évaux-les-Bains ; que M. X... et Mme Y..., 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

²⁴⁵ Mémoire en défense, p. 66.

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.

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.

Soc., 20 mars 1996, pourvoi n° 90-40.553, Bull. 1996, V, n° 102

« Sur le moyen unique :

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

Attendu que M. X..., 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 ».

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. X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Soc., 12 octobre 2005, pourvoi n° 03-43.935, Bull. 2005, 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. X..., 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 :

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 ».

Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-69.444, Bull. 2011, 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.

Soc. 19 juin 1991, pourvoi n° 89-40.843, Bull. 1991, 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 ».

Soc., 8 janvier 1997, pourvoi n° 94-42.639, Bull. 1997, V, n° 5

« 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 ».

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 ».

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. X... 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.

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

²⁴⁶ Mémoire en défense, p. 65 et 66.

²⁴⁷ Voir IV, C, 1^o, a, p. 53, du présent rapport.

²⁴⁸ Mémoire ampliatif, p. 60.

membres de la direction et 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 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 :

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. X... 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 ».

²⁴⁹ Arrêt attaqué, p. 4.

²⁵⁰ Par 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 » (Soc., 30 avril 2014, pourvoi n° 13-13.834).

²⁵¹ Voir les arrêts du 20 mars 1996, du 3 décembre 2002 et du 12 octobre 2005, précités au IV, C, 1°, b, p. 53 et s. du présent rapport.

²⁵² Voir, notamment, Soc., 20 mars 1990, pourvoi n° 89-40.515, *Bull.* 1990, V, n° 124 (licenciement pour motif économique) ; Soc., 21 février 1990, pourvoi n° 86-45.246, *Bull.* 1990, V, n° 77, et Soc., 25 octobre 1990, pourvoi n° 88-45.524 (licenciement pour motif disciplinaire).

Soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 09-72.833

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Toulouse, 28 octobre 2009), que Mme X... 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 X... 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 X... 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 Z..., 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.

Avis de M. Marin

Procureur général

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi » (article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789).

L'affaire qui est soumise aujourd'hui à l'assemblée plénière de cette Cour est particulièrement importante, tant par les questions juridiques qu'elle soulève que par les débats de société qu'elle suscite. Il est peu de dire que l'arrêt qui va être rendu est attendu avec grand intérêt.

Cette affaire a en effet connu un retentissement exceptionnel dans la société civile, en raison des questions qu'elle pose et qui nous concernent tous : liberté de manifester sa religion, liberté de ne pas avoir de religion, protection des jeunes enfants, droit des femmes, laïcité, etc. Ce retentissement s'est traduit par de nombreux articles dans la presse, des débats, des affirmations d'opinions diverses.

Mais, et ce qui est plus rare, ce foisonnement de commentaires et de prises de positions a également atteint la doctrine. Un rapide examen du site internet Doctrinal permet de recenser au moins cinquante-six articles de doctrine ayant dans leurs titres les termes « Baby-Loup ».

Il est permis, toutefois, de se demander si l'intensité du débat n'est pas liée au fait que la liberté de manifester sa religion consistait, en l'espèce, dans le fait, pour une femme, du droit de porter un voile islamique. Or, on sait combien cette question agite et travaille notre société française depuis presque vingt ans.

Cependant, l'excessive sensibilité du contexte dans lequel se déroule le litige ne doit pas faire oublier que l'assemblée plénière de la Cour est réunie, non pas pour trancher, de manière générale, la question du port du voile, mais, simplement, pour dire si et dans quelles conditions un employeur privé peut, dans l'entreprise, limiter la liberté de manifester ses convictions religieuses.

Ainsi, trente-six ans après l'arrêt Dame Roy¹, dans lequel elle avait été amenée à se prononcer sur la question de la liberté religieuse dans l'entreprise dans un litige opposant une salariée d'un établissement d'enseignement catholique qui avait été licenciée pour s'être remariée après un divorce, attitude jugée contraire à la position de l'Église catholique, l'assemblée plénière de la Cour se prononce à nouveau sur une question relative à la liberté de conscience.

Mais, depuis 1978, l'état du droit et l'étendue du champ d'intervention des libertés individuelles ainsi que la protection contre leur violation ont beaucoup évolué.

Un bref rappel des faits et de la procédure permet de cadrer le débat.

I. - Rappel des faits et de la procédure

L'employeur, l'association Baby-Loup (ci-après « Baby-Loup »), est une association sans but lucratif qui assure la gestion d'une crèche au sein du quartier Noé à Chanteloup-les-Vignes, dans les Yvelines.

Ses statuts énoncent que son but est de « développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé, et en même temps d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier ».

Le règlement intérieur établi en 1990 précisait que « le personnel doit avoir un rôle complémentaire à celui des parents pour ce qui est de l'éveil des enfants. Dans l'exercice de son travail, celui-ci doit respecter et garder la neutralité d'opinion politique et confessionnelle en regard du public accueilli ».

Un nouveau règlement intérieur, entré en vigueur le 15 juin 2003, énonce que, « de manière générale, les membres du personnel doivent adopter, dans l'exercice de leurs fonctions, une tenue, un comportement et des attitudes qui respectent la liberté de conscience et la dignité de chacun » et précise 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, ses annexes ou en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche à l'extérieur ».

Mme Y... a été engagée par l'association à compter du mois de décembre 1991 selon un contrat emploi-solidarité puis selon un contrat de qualification et enfin selon un contrat à durée indéterminée prenant effet le 1^{er} janvier 1997, en qualité d'éducatrice et directrice adjointe de la crèche.

Mme Y... a pris un congé de maternité puis un congé parental entre le mois de mai 2003 et le 8 décembre 2008.

Lors de la reprise de son travail, elle s'est présentée revêtue d'un voile islamique. À la suite de son refus de retirer ce voile et après plusieurs incidents avec la direction de l'association, elle a fait l'objet d'une mesure de mise à pied conservatoire, puis a été licenciée pour faute grave par lettre du 19 décembre 2008.

La lettre de licenciement est motivée essentiellement par le refus de respecter le règlement intérieur et par le refus de se soumettre à la mesure de mise à pied.

¹ Assemblée plénière, 19 mai 1978, pourvoi n° 76-41.211, *Bull.* 1978, Ass. plén., n° 1.

Mme Y... a saisi la juridiction prud'homale pour faire juger, au principal, qu'elle avait été victime d'une discrimination fondée sur sa religion et, subsidiairement, que son licenciement était sans cause réelle et sérieuse.

Par jugement du 13 décembre 2010, le conseil de prud'hommes de Mantes-la-Jolie a considéré que le règlement intérieur était licite et que Mme Y... était tenue de le respecter. Il a, en conséquence, jugé que, en refusant de s'y soumettre, elle a fait preuve d'une insubordination caractérisée et que son licenciement pour faute grave était justifié. Il a débouté Mme Y... de ses prétentions.

Ce jugement a été confirmé par la cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 27 octobre 2011, lequel a été cassé par un arrêt de la chambre sociale de cette Cour du 19 mars 2013.

L'affaire ayant été renvoyée devant la cour d'appel de Paris, cette dernière a, par arrêt du 27 novembre 2013, confirmé le jugement du conseil de prud'hommes.

C'est cet arrêt qui est déféré à la censure de l'assemblée plénière.

II. - Discussion

1. Observations liminaires

Tels qu'ils viennent d'être résumés, les faits saillants de ce litige font apparaître une problématique assez classique en droit du travail : celle de l'exercice, par le salarié, de ses libertés individuelles dans le cadre de ses relations avec l'employeur, au temps et sur le lieu du travail.

Dans cette affaire, l'employeur, une association qui gère une crèche, souhaite, pour des raisons sur lesquelles nous reviendrons plus longuement, que son personnel fasse preuve de neutralité, notamment en s'abstenant de manifester sa religion. Face à elle, une salariée, employée depuis plusieurs années et qui, jusque-là, avait respecté cette obligation de neutralité, souhaite, lors de son retour après une absence assez longue de l'entreprise, manifester ses convictions religieuses par le port d'un voile. Le port du voile dit « islamique » est revendiqué par elle comme une manifestation de sa foi.

Nous sommes donc bien dans le cadre d'un conflit entre la liberté pour un employeur de choisir un certain modèle de fonctionnement de son entreprise et l'exercice d'une liberté individuelle par un salarié, au temps et sur le lieu du travail.

Un bref rappel des règles existantes est nécessaire.

A. - La réglementation de la protection des libertés individuelles des salariés

La protection des libertés individuelles des salariés dans le droit du travail a toujours été une question intrinsèquement liée au fait que le contrat de travail crée un lien de subordination entre l'employeur et le salarié.

En effet, le salarié consacre une grande partie de son temps à son travail. Durant cette période, il est sous la subordination de son employeur et tenu d'exercer ses fonctions sous le contrôle et l'autorité de ce dernier. C'est la définition même du contrat de travail.

Cependant, par le contrat de travail, « *le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail mais non sa personne* »². Ainsi, il est aisé de concevoir que lorsque le salarié n'est pas au travail, son employeur ne se préoccupe en rien de son comportement. Mais, du fait qu'il ne met pas sa personne à la disposition de l'employeur, le salarié conserve, même pendant le temps de travail, des libertés sur lesquelles l'employeur ne peut empiéter. Le pouvoir de l'employeur est donc restreint dans ce domaine. Ainsi a-t-on été amené assez tôt à établir une distinction entre « la vie personnelle », ou la « vie extraprofessionnelle » du salarié, et sa vie professionnelle.

Le premier à avoir théorisé cette question est le professeur Despax, dans un article paru en 1963³ dans lequel, partant du constat que, bien que vie professionnelle et vie personnelle soient en principe étanches, cette cloison est en réalité parfois poreuse, puisque des agissements du salarié sont susceptibles d'interférer sur son travail. Selon cet auteur, « *la condition salariale est alors comme estompée mais elle reste toujours présente* ».

Le rôle de la jurisprudence a été de définir la frontière entre vie professionnelle et vie personnelle et d'arbitrer les débordements de l'une sur l'autre.

Cette protection de la vie personnelle du salarié entendue au sens large, dans le cadre du contrat de travail, va trouver une consécration législative et réglementaire, il y a une trentaine d'années, par le biais de la protection des libertés individuelles des salariés dans le travail.

Le législateur n'a pas protégé de manière explicite la vie personnelle des salariés, mais a posé des interdicts afin de protéger leurs libertés individuelles dans l'exercice de leurs activités professionnelles, sans toutefois en définir précisément le contenu.

Ce sont les lois dites « Auroux » qui ont réglementé pour la première fois ces questions. En effet, la loi du 4 août 1982 a créé l'article L. 122-35 du code du travail, aux termes duquel le règlement intérieur « *ne peut apporter aux droits des personnes et des libertés individuelles et collectives, des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché [...] ni comporter des dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail en raison de leur sexe, de leurs mœurs, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confession ou de leur handicap à capacité professionnelle égale* ».

² Jean Rivero. *Droit social*, mai 1982, p. 417 et suivantes.

³ Michel Despax, « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *JCP* 1963, I, n° 1776.

Cette même loi du 4 août 1982 a également posé, dans un article L. 122-45, le principe de l'interdiction de toute sanction ou licenciement fondés sur un motif discriminatoire prohibé, lesquels étaient quasiment identiques à ceux énoncés à l'article L. 122-35, et la conviction religieuse figurait parmi ces motifs.

Dix ans plus tard, la loi du 31 décembre 1992 a ajouté un article L. 120-2 au code du travail, aux termes duquel « nul ne peut apporter 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 ».

Il est à noter que l'article L. 120-2 reprenait en substance la première partie de l'article L. 122-35, mais étendait la prohibition de l'atteinte aux libertés individuelles au-delà du règlement intérieur.

Donc, dès 1982, et, de manière plus large, depuis 1992, l'employeur ne peut pas discriminer les salariés en se fondant sur certains motifs énumérés dans une liste qui n'a cessé de s'allonger et ne peut porter une atteinte aux libertés individuelles qui ne soit pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché.

La réglementation actuelle est la suivante :

Le code du travail, dans le livre premier de la partie réglementant les relations individuelles du travail, distingue les « Droits et libertés dans l'entreprise » et les « Discriminations ».

Le chapitre unique du titre II, consacré aux « Droits et libertés dans l'entreprise », comprend un article L. 1121-1, lequel est ainsi libellé :

« 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 ».

Le titre III, relatif aux « Discriminations », contient, notamment, les dispositions suivantes.

L'article L. 1132-1 énonce :

« [...] aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...], notamment en matière de rémunération [...], 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 mœurs, 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 ».

L'article L. 1132-4 précise que « toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul ».

Toutefois, l'article L. 1133-1 autorise les différences de traitement fondées sur un motif prohibé « lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

Enfin, les dispositions régissant le règlement intérieur figurent dans le livre troisième de la partie du code du travail relative aux relations individuelles du travail.

Parmi ces dispositions, l'article L. 1321-3 du code du travail précise :

« Le règlement intérieur ne peut contenir :

[...]

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 mœurs, de leur orientation ou identité 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 ».

Il est à noter que le 2° et le 3° de l'article L. 1321-3 ne font que reprendre, pour le règlement intérieur, les obligations plus générales énoncées aux articles L. 1121-1 et L. 1132-1.

À ce stade de l'exposé, il convient de faire deux constats :

- d'une part, le code du travail ne précise pas en quoi consistent les libertés individuelles qui sont protégées dans l'entreprise ;

- d'autre part, la réglementation distingue deux notions : la discrimination et l'atteinte aux libertés individuelles.

Il convient de reprendre ces deux éléments.

B. - La notion de « libertés individuelles ».

Les libertés individuelles ne sont pas définies dans le code du travail. Leur définition et l'étendue de ce qu'elles recouvrent doivent être recherchées dans d'autres normes supérieures, telles que la Constitution ou les conventions internationales.

Compte tenu du litige en cause, nous ne nous intéresserons qu'à la liberté de conscience.

L'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui fait partie intégrante de notre Constitution, énonce que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public* ».

D'emblée, il convient de remarquer que la liberté de religion présente deux aspects : un aspect absolu et un aspect relatif.

Ce qui est absolu, c'est la liberté de choisir sa religion et d'en changer à sa guise.

Ce qui est relatif, c'est la liberté de manifester sa religion. Cette manifestation ne doit pas troubler l'ordre public.

Cette distinction entre croyance et manifestation de cette croyance se traduit concrètement par ce qu'on appelle le « for interne » et le « for externe ».

Le for interne, c'est la conviction intime, la foi profonde. Cette liberté est absolue et inviolable.

Le for externe, c'est la manifestation extérieure des croyances ou des convictions. Cette manifestation peut se heurter aux autres croyances, générer des conflits, troubler l'ordre public. C'est la raison pour laquelle la liberté de manifester sa conviction n'est pas absolue⁴.

Cette distinction entre liberté absolue de croire et liberté relative de manifester sa foi se retrouve dans les chartes et déclarations de droits plus récentes.

Ainsi, l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce :

« 1. *Toute personne a droit à la liberté de penser, de conscience et de religion, ce qui 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 santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Il peut d'emblée être souligné que le libellé de cette disposition distingue, comme l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, deux aspects dans la liberté de conviction : la foi et la manifestation de la foi.

En effet, après avoir précisé en quoi consiste la liberté de manifester sa conviction, l'article 9 précise que cette liberté peut être limitée dans certains cas, et, notamment, pour la protection des droits et libertés d'autrui.

L'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui, aux termes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, a la même valeur juridique que les traités européens, proclame la liberté de pensée, de conscience et de religion dans les termes suivants :

« 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 ou l'accomplissement des rites.*

[...] ».

Il est à noter que cette disposition, contrairement à l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne précise pas la possibilité de restreindre la liberté de manifester sa conviction.

Cependant, l'article 52 de la Charte précise que des limitations aux droits et libertés reconnus par la Charte doivent être prévues par la loi et qu'elles 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.

Enfin, le lien entre la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme est prévu à l'article 52, paragraphe 3, dans les termes suivants :

« *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* ».

Il ressort de ce bref exposé que la liberté de manifester ses convictions n'est jamais considérée comme absolue, des restrictions pouvant, sous certaines conditions, lui être apportées.

À cet égard, tant l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précisent que la liberté de manifester ses convictions religieuses peut être limitée par la loi.

Que faut-il entendre par les termes « *prévues par la loi* » ?

Sur ce point, M. le conseiller rapporteur relève que « *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*

⁴ Sur la distinction entre le for interne et le for externe, voir Ph. Waquet, « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », *Les Cahiers sociaux du Barreau de Paris* 1994, p. 289, et Ph. Waquet, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gazette du Palais* 1996, p. 1427.

conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé". 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'interprète⁵.

Selon les termes de la Cour de Strasbourg, « [...] la "loi" doit se comprendre comme englobant le texte écrit et le "droit élaboré" par les juges [...]. En résumé, la "loi" est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété ».⁶

Il importe avant tout que la « loi » nationale présente le double caractère d'être « accessible » et « prévisible ». Il faut 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 »⁷.

Lorsque les actes dénoncés sont commis par des sociétés privées et non par un État, la Cour s'assure que le juge procède à un examen approfondi de la légitimité et de la proportionnalité de la mesure litigieuse adoptée par un employeur⁸.

Le code du travail français précise le cadre dans lequel l'employeur est autorisé à porter atteinte à des libertés individuelles.

Tout d'abord, le code du travail autorise l'employeur à apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles des restrictions lorsqu'elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché (article L. 1121-1).

Ce même code reconnaît ensuite à l'employeur la possibilité de traiter différemment les salariés entre eux lorsque cela répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée (article L. 1133-1).

Enfin, des dispositions permettent à l'employeur, lorsqu'il élabore le règlement intérieur, de prévoir des règles qui portent atteinte aux libertés individuelles, ainsi que les sanctions en cas de contravention à ces règles, pourvu que ces restrictions soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

Il n'est pas inutile d'ajouter que la conformité des mesures adoptées par les employeurs avec ces dispositions du code du travail sont étroitement encadrées, tant par l'inspection du travail que par les juridictions du travail, sous le contrôle vigilant de la chambre sociale de la Cour de cassation.

Il apparaît donc que les atteintes par l'employeur à la liberté des salariés de manifester leurs convictions religieuses sont bien « prévues par la loi », au sens tant de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et que la clause du règlement intérieur de Baby-Loup remplit également la condition d'être « prévue par la loi ».

C. - Atteinte aux libertés individuelles et discriminations prohibées

Il ressort de l'exposé de la réglementation en vigueur que la protection des libertés individuelles des salariés dans l'entreprise présente deux aspects assez distincts :

- d'une part, la protection des libertés individuelles contre les atteintes qui y sont portées. Ces atteintes, pour être tolérées, doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ;
- d'autre part, les discriminations directes fondées sur des motifs limitativement énumérées, qui, elles, ne peuvent être justifiées que lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

La différence de régime juridique entre la discrimination directe fondée sur un motif prohibé et l'atteinte à une liberté individuelle repose sur le fait que, ainsi qu'il vient d'être dit, l'atteinte à la liberté individuelle peut être justifiée de manière plus souple que la différence de traitement fondée sur un motif prohibé.

Cette différence existe également au niveau de la sanction encourue. L'atteinte à une liberté individuelle se traduira par l'octroi de dommages-intérêts, alors que la mesure ou l'acte fondé sur un motif discriminatoire prohibé est atteint de nullité, donc inexistant⁹.

En matière de licenciement, cela se traduit par le fait que le licenciement prononcé en violation d'une liberté individuelle sera qualifié de licenciement sans cause réelle et sérieuse et donnera lieu à l'octroi de dommages-intérêts, alors que celui fondé sur un motif discriminatoire prohibé sera nul et le salarié devra être réintégré.

Certes, la prohibition des discriminations a parfois pour objet la protection de libertés individuelles. Cela ne signifie cependant pas que toute atteinte à une liberté individuelle s'analyse en une discrimination.

Il est donc important de distinguer les deux concepts.

Selon l'article premier de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008¹⁰, la discrimination directe est constituée lorsqu'une « *personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* » sur le fondement d'un motif précis. La discrimination dans le travail est donc le fait de se

⁵ Rapport, p. 44.

⁶ CEDH, 10 novembre 2005, Leyla Sahin c/Turquie, § 88.

⁷ CEDH, Dahlab c/Suisse, arrêt du 15 février 2001, n° 42393/98, 2001-V, cité au rapport, p. 44, § 3. Voir, en sens contraire, sur l'absence de prévisibilité de la loi, CEDH, 30 septembre 2011, Association des Témoins de Jehova c/France, requête n° 8916/05.

⁸ CEDH, 15 janvier 2013, Eweida et autres c/Royaume-Uni, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

⁹ Article L. 11324 du code du travail.

¹⁰ 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.

fonder sur des motifs précis et limitativement énumérés, soit l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, l'appartenance à une ethnie, une race ou une nation, la situation de famille, la grossesse, la religion, l'engagement syndical, etc., pour prendre des mesures défavorables à un salarié telles que refuser de l'engager, bloquer son avancement, le licencier, le sanctionner, moins le payer. La discrimination peut exister sans qu'il soit absolument nécessaire d'effectuer une comparaison avec d'autres salariés. La comparaison ne doit se faire qu'avec la situation qui aurait été celle si le motif de discrimination n'avait pas existé.

Cependant, pour établir que le traitement défavorable est la conséquence de l'existence d'un motif de discrimination, il est souvent nécessaire d'effectuer une comparaison, sauf si la mesure comporte, en elle-même, le motif de discrimination, comme, par exemple, une prime réservée aux seuls hommes ou aux seules femmes. Ainsi, une femme ne pourra se plaindre qu'elle fait l'objet d'une discrimination en raison de son sexe que si elle établit que seuls les hommes sont mieux payés ou ont un avancement plus rapide ou ne sont pas licenciés.

Par exemple, la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'une question préjudicielle par la chambre sociale de cette Cour, a récemment jugé qu'une convention collective qui réserve le bénéfice d'une prime aux salariés mariés et la refuse aux couples liés par un PACS est une mesure discriminatoire fondée sur l'orientation sexuelle en ce qu'elle désavantage les homosexuels dans la mesure où ces derniers ne pouvaient pas (à l'époque) se marier et ne disposaient que du PACS comme cadre juridique pour une union conjugale¹¹.

S'agissant d'une discrimination directe justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'une réglementation fixant à trente ans la limite d'âge pour accéder à un emploi de pompier était justifiée par la nécessité d'avoir recours à des personnes assez jeunes¹².

La discrimination indirecte a un régime distinct qui se rapproche de celui des atteintes aux libertés individuelles. Une discrimination est indirecte lorsqu'une pratique ou une mesure apparemment neutre entraîne un désavantage particulier pour certaines personnes par rapport à d'autres. Ainsi, une pratique ou une mesure sera discriminatoire si son application a pour résultat que certaines catégories de salariés, les femmes, les noirs, les musulmans, les homosexuels, les salariés jeunes ou âgés, sont, dans une large mesure, moins bien traitées que les autres.

La discrimination indirecte peut être justifiée si la pratique ou la mesure qui se révèle discriminatoire cherche à atteindre un but légitime et si les moyens pour réaliser ce but sont nécessaires et appropriés¹³. En l'absence d'une telle justification, la mesure ou l'acte fondé sur un motif discriminatoire prohibé est atteint de nullité, donc inexistant.

La Cour de Luxembourg rappelle régulièrement que le principe de non-discrimination interdit tant de traiter de manière différente des situations similaires que de traiter de la même manière des situations différentes¹⁴.

Mme Y... a introduit son action prud'homale en soutenant qu'elle a été victime d'une discrimination en raison de sa religion. Dans le cadre de son pourvoi, elle reproche à la cour d'appel de ne pas avoir reconnu cette discrimination.

Dans son arrêt du 19 mars 2013, la chambre sociale a considéré que le licenciement de Mme Y... a été prononcé pour un motif discriminatoire et qu'il est, de ce fait, nul. La chambre sociale a déduit cette nullité du fait que la clause du règlement intérieur, « *restaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail* ».

Donc, du fait que la clause du règlement intérieur portait atteinte à une liberté individuelle qui n'était pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché (article L. 1321-3, 2°), la chambre sociale a déduit qu'il existait une discrimination fondée sur les convictions religieuses (article L. 1321-3, 3°). Ce faisant, la chambre sociale paraît avoir confondu une atteinte aux libertés individuelles et une discrimination fondée sur un motif prohibé.

Or, toute atteinte à une liberté individuelle résultant du caractère trop général d'une clause d'un règlement intérieur ne constitue pas nécessairement une discrimination.

Le législateur a bien pris soin de séparer et distinguer les deux notions : atteinte aux libertés et discrimination.

S'il apparaît bien que Mme Y... a été licenciée pour avoir manifesté ses convictions religieuses, et donc qu'il a bien été porté atteinte à l'une de ses libertés individuelles, il convient de se demander si, comme elle le soutient, il s'agit d'une discrimination fondée sur ses convictions religieuses.

Or, s'il est clair que Mme Y... a été licenciée parce qu'elle manifestait sa religion dans l'entreprise, en violation des consignes de l'employeur, il n'est pas établi que c'est en raison même de sa confession musulmane.

En effet, il n'est pas soutenu ou prouvé que d'autres salariés de confession musulmane ont été sanctionnés du fait de leur appartenance à cette religion, ni que l'interdiction de manifester sa religion ne visait, en réalité, que les salariés de cette confession, ni enfin que ces mêmes salariés auraient été traités différemment des autres dans leur emploi ou leur travail à capacité professionnelle égale du fait de leur confession.

Il découle de ces éléments que ce n'est pas la foi musulmane qui a motivé le licenciement de Mme Y..., mais la seule manifestation de cette foi. Mme Y... n'a donc pas été discriminée en raison de sa foi, mais elle a subi une atteinte à sa liberté de manifester cette foi.

Cet élément est fondamental pour la clarté du débat en raison des conséquences différentes attachées à la discrimination et à l'atteinte aux libertés individuelles.

¹¹ CJUE, 12 décembre 2013, Hay, C-267/12.

¹² CJUE, 12 janvier 2010, Wolf, C-229/08.

¹³ Article premier, alinéa 2, de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.

¹⁴ Voir, notamment, CJUE, 27 janvier 2005, C-422/02 P, point n° 33.

La liberté qui se trouve au centre du débat est la liberté religieuse ou, plus précisément, la liberté de manifester sa religion.

La cour d'appel de Paris, dans l'arrêt attaqué, a considéré que « *Baby-Loup peut être qualifiée d'entreprise de conviction en mesure d'exiger la neutralité de ses employés* ». Cette qualité autorisait l'association à imposer à son personnel une neutralité confessionnelle. La cour d'appel en a conclu que la liberté de conscience de ce personnel ne pouvait faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquaient dans l'entreprise.

La qualification d'entreprise de conviction est fortement contestée par Mme Y... dans le premier moyen du pourvoi. En effet, selon elle, Baby-Loup n'est pas une entreprise de tendance ou de conviction car son objet statutaire n'exprime aucune adhésion à une doctrine philosophique ou religieuse (première branche) ; que la nécessité de protéger la liberté de conscience des enfants et la pluralité religieuse des femmes accueillies ne sont pas constitutivement liées à une entreprise de conviction (deuxième et troisième branches), que la neutralité n'impose au salarié l'adhésion à aucun choix philosophique (quatrième branche) ; que la laïcité est un principe constitutionnel d'organisation de l'État qui ne peut fonder une éthique philosophique dont un employeur pourrait se prévaloir pour imposer la neutralité à ses salariés (cinquième branche et sixième branches), que la création d'un nouveau type d'entreprise de conviction ne peut résulter que de la loi et non du juge (septième branche).

Au vu de la motivation de la cour d'appel et de l'énoncé du premier moyen de cassation, il convient de s'interroger sur la situation de Baby-Loup au regard du concept d'entreprise de conviction.

2. Entreprise de tendance - entreprise de conviction

Lorsque la cour d'appel qualifie Baby-Loup d'entreprise de conviction, elle se réfère expressément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et au droit de l'Union. Cependant, aux termes « entreprise de conviction », la doctrine française préfère les termes « entreprise de tendance ».

A. - L'entreprise de tendance dans la jurisprudence française

Traditionnellement, la doctrine française n'emploie pas la notion d'entreprise de conviction, mais utilise plutôt les termes « entreprise de tendance »¹⁵. Cette notion est un emprunt au droit allemand et au droit italien.

Le droit allemand reconnaît en effet l'existence d'une « *Tendenzbetrieb* », « *lorsque l'organisation et la manière de travailler sont orientées vers l'un des buts définis au § 118 BetrVG et que ce caractère n'est pas accessoire pour l'entreprise* ». Ces buts sont politiques, confessionnels, éducatifs, scientifiques, artistiques, de cohésion ou de charité.

La France ne reconnaît pas légalement cette catégorie d'entreprise.

Cependant, dans les années 1990, il a été admis que, dans certaines entreprises, en général des associations, des syndicats, des partis politiques, des églises, des groupements à caractère religieux dans lesquels une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée, l'employeur peut exiger de ses salariés une certaine communauté de pensée ou l'adhésion à certaines valeurs défendues par l'entreprise. Dans ces entreprises, il est admis que la liberté religieuse ou d'opinion du salarié puisse être moins grande que dans les autres entreprises. Le salarié d'une telle entreprise ne peut prôner une philosophie, avoir un comportement ou des mœurs en contradiction flagrante avec les valeurs proclamées par l'entreprise.

En l'absence de consécration légale, la Cour de cassation s'est trouvée confrontée à certaines problématiques qui l'ont conduit à prendre en compte la spécificité des entreprises de tendance.

Dans une première affaire, s'agissant d'une salariée d'un établissement d'enseignement catholique qui avait été licenciée pour s'être remariée après un divorce, l'assemblée plénière de la Cour¹⁶ a jugé que les convictions religieuses de la salariée avaient été prises en considération et incorporées volontairement dans le contrat de travail et en étaient devenues une partie essentielle et déterminante. Il s'agissait donc, dans cet arrêt, d'une application stricte du principe du consensualisme contractuel découlant de l'article 1134 du code civil.

Cet arrêt a été rendu sur avis contraire du premier avocat général Schmelck, qui avait considéré que « *le simple fait que l'employeur soit un établissement catholique attaché à la règle canonique de l'indissolubilité de l'union conjugale est insuffisant pour lui permettre d'enfreindre le principe d'ordre public de la liberté du mariage en licenciant son employé pour le motif qu'il s'est remarié dès lors qu'il n'est pas établi que le second mariage avait réellement compromis les buts éducatifs propres à l'établissement* ».

Il convient de remarquer que le premier avocat général Schmelck admettait que le licenciement aurait pu être justifié si le remariage avait eu pour effet de compromettre le but éducatif poursuivi par l'employeur. Dans ce contexte, la liberté du salarié n'était donc pas totale.

La « contractualisation » de la communion de pensée entre l'employeur et le salarié a été ensuite plus ou moins abandonnée. En effet, la chambre sociale a jugé qu'un salarié peut être licencié en raison de son comportement personnel à condition que celui-ci ait créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise, compte tenu de la finalité de celle-ci et de la nature des fonctions exercées par le salarié¹⁷.

La référence à la finalité de l'entreprise signifie que l'appréciation du comportement du salarié rendu public sera différente d'une entreprise à l'autre. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 avril 1991, il s'agissait

¹⁵ Il semble que les termes « entreprise de tendance » sont apparus pour la première fois dans la note du doyen Waquet « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », précitée.

¹⁶ Assemblée plénière, 19 mai 1978, précité.

¹⁷ Soc., 17 avril 1991, pourvoi n° 90-42.636, Bull. 1991, V, n° 201.

du licenciement d'un sacristain employé par une association catholique qui avait eu connaissance de son homosexualité. La révélation de l'orientation sexuelle devait donc s'apprécier différemment selon que l'employeur était une église ou une entreprise commerciale ou de service.

La notion d'entreprise de tendance, dont les termes n'ont jamais été consacrés par la jurisprudence française, ne traduit qu'un équilibre entre la finalité de l'entreprise, le trouble causé par le comportement du salarié et la nature des fonctions de ce dernier. L'employeur pourra être d'autant plus inflexible envers un salarié et porter une atteinte mesurée à l'une de ses libertés individuelles si le comportement de ce salarié, compte tenu des fonctions qu'il exerce, est contraire à la finalité de l'entreprise et cause un trouble caractérisé au sein de celle-ci.

Plus la finalité de l'entreprise se réfère à une religion, une philosophie ou une conviction, plus le salarié devra avoir un comportement dans l'entreprise en accord avec cette finalité.

La notion d'entreprise de tendance a, en revanche, été consacrée dans le droit de l'Union et dans le droit européen des droits de l'homme.

B. - Les entreprises de conviction en droit de l'Union

La directive 2000/78¹⁸ a pour objet, selon les termes de son article premier, « d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement ».

Tandis que cette directive définit, à son article 2, le concept de discrimination, l'article 4, paragraphe 2, consacre la notion d'entreprise de conviction dans les termes suivants :

« 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 ».

Les dispositions de l'article 4, paragraphe 2, se lisent à la lumière du considérant 24 de la directive, qui précise :

« 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 ».

Cette disposition appelle les observations suivantes :

Tout d'abord, l'entreprise de conviction est une église ou une organisation publique ou privée dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions.

Les notions de « conviction » et de « religion » ne sont pas définies par la directive. Elles ne sont donc pas ce qu'on appelle des notions de droit communautaire ou de droit de l'Union et leur définition ne doit pas nécessairement être identique dans tous les États membres. Ces derniers disposent, par conséquent, d'une marge de manœuvre assez importante pour leur mise en œuvre et leur interprétation. Ainsi, les Pays-Bas utilisent le terme « philosophie de vie » (*levensovertuiging*) alors que l'Allemagne se réfère au terme de « foi ».

Dans ces entreprises, des différences de traitement fondées sur la religion ou les convictions d'un salarié peuvent ne pas constituer une discrimination, sous réserve que soient remplies certaines conditions :

- il faut que la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée par la nature des activités de l'entreprise ou le contexte dans lequel elles sont exercées ;
- la différence de traitement ne peut pas être fondée sur un autre motif que la religion ou les convictions ;
- les États membres doivent avoir prévu ou prévoir cette différence de traitement justifiée dans une législation adoptée antérieurement à la directive ou postérieurement à celle-ci, sous réserve qu'elle entérine une pratique nationale préexistante.

L'article 4, paragraphe 2, deuxième alinéa, précise que si ces conditions sont remplies, la directive n'interdit pas aux églises et aux organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion et les convictions de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation.

¹⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

La directive précise que, dans tous les cas, cette différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions doit se faire dans le respect des dispositions constitutionnelles et législatives nationales.

Il ressort de l'analyse de cette disposition que le droit de l'Union ne s'oppose pas, en principe, à ce qu'une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions ne constitue pas, dans certaines entreprises, une discrimination prohibée. Cependant, la directive reste très prudente puisqu'elle entoure cette différence de traitement justifiée de nombreuses précautions : habilitation législative nationale, respect des dispositions constitutionnelles de chaque État membre, etc.

Il importe de noter que, contrairement à la position de la doctrine française, pour qui l'entreprise de tendance ou de conviction est celle dont l'objet essentiel de l'activité est la défense ou la promotion d'une doctrine ou d'une éthique (mémoire ampliatif, p. 14, *in fine*), la directive se borne à préciser que les églises ou les organisations publiques ou privées ont une éthique fondée sur une religion ou des convictions. Elle n'exige pas que le but de ces églises ou organisations soit la défense ou la promotion de cette religion ou de ces convictions.

S'agissant de l'habilitation législative, il a pu être écrit que l'article 4, paragraphe 2, institue une clause de *standstill* en ce que les États membres n'ayant pas déjà dans leur réglementation nationale de dispositions « légalisant » les entreprises de conviction ne seraient plus autorisées à adopter de telles législations. M. le conseiller rapporteur rappelle la controverse doctrinale sur le sujet (rapport, p. 34 et 35).

La qualification de clause de *standstill* paraît excessive dans la mesure où la directive elle-même autorise les États membres à légiférer sur cette question après la date d'adoption de la directive.

La difficulté ne réside pas dans le principe de l'adoption d'une législation future, mais plutôt dans la définition de ce que recouvre la notion de « *législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la directive* ». Cette notion de « *pratiques nationales* » recouvre-t-elle les solutions jurisprudentielles adoptées par les juridictions nationales voire par la Cour européenne des droits de l'homme ? Il est difficile de trancher cette question dans la mesure où cette notion n'a pas fait l'objet d'une interprétation par la Cour de justice.

En tout état de cause, la France, à l'inverse d'autres États, a préféré ne pas transposer l'exception visée à l'article 4, paragraphe 2, dans sa législation. À ce jour, aucune loi, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la date d'adoption de la directive, ne régit spécifiquement les entreprises de conviction.

De tout cela, il ressort que les entreprises de conviction ne sont pas, en principe, contraires au droit de l'Union et qu'il appartient aux États membres de les incorporer ou non dans leur *corpus* législatif, sous réserve de satisfaire aux conditions de la directive.

C. - Les entreprises de conviction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

En l'absence d'une jurisprudence claire et établie en droit interne, la cour d'appel de Paris s'est fondée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour estimer que Baby-Loup pouvait constituer une entreprise de conviction.

L'arrêt *Campbell et Consans c/Royaume-Uni*¹⁹ consacre le terme « conviction » de la manière suivante : « *Les convictions représentent un système d'interprétation constitué des convictions personnelles quant à la structure de base, aux modalités et au fonctionnement du monde ; il ne s'agit pas d'un système scientifique. Dans la mesure où les convictions revendiquent leur complétude, elles incluent leur perception de l'humanité, la vision de la vie et la morale* ».

Par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, sans toutefois la dénommer ainsi, l'entreprise de conviction, pour des entreprises dont le caractère est religieux ou politique. La Cour considère que ces entreprises de conviction disposent d'une autonomie, comme sujets de droit bénéficiant, à ce titre, du droit au respect de leurs convictions garanti par l'article 9 de la Convention²⁰. Une telle reconnaissance permet à l'employeur « *dont l'éthique est fondée sur la religion ou une croyance philosophique [d'] imposer à ses employés des obligations de loyauté spécifiques* »²¹.

Aussi, la Cour pourra-t-elle juger qu'un licenciement est légitime lorsque le salarié aura eu un comportement incompatible avec l'éthique défendue par l'entreprise.

Néanmoins, la Cour affirme la nécessité d'une certaine proportionnalité dans les restrictions apportées aux droits fondamentaux des salariés de l'entreprise de conviction, « *pour ménager un équilibre entre plusieurs intérêts privés* »²².

Ainsi, elle a admis le licenciement du directeur des relations publiques pour l'Europe de l'Église mormone, pour des faits d'adultère²³. De la même manière, elle a considéré que celui d'une salariée d'un jardin d'enfants tenu par une organisation protestante, pour des faits de « *militantisme déplacé* », était justifié²⁴.

La Cour n'en demeure pas moins vigilante quant à l'adéquation entre la mesure de licenciement et la nécessité de préserver une certaine éthique dans l'entreprise de conviction. Elle a, en conséquence, jugé contraire à l'article 8 de la Convention, relatif au respect de la vie privée et familiale, le licenciement de l'organiste d'une paroisse catholique, pour des faits d'adultère²⁵.

¹⁹ 25 février 1982, requêtes n° 7511/76 et n° 7743/76.

²⁰ CEDH, *Association les témoins de Jéhovah c/France*, 30 septembre 2011.

²¹ CEDH, *Schüth c/Allemagne*, 23 septembre 2010, requête n° 1620/03, et *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen c/Royaume-Uni*, 27 février 2007, requête n° 11002/05 (syndicat).

²² « *Le champ d'application de la laïcité : la laïcité doit-elle s'arrêter à la porte de crèches ?* », Bernard Aldigé, avocat général près la Cour de cassation, *Recueil Dalloz* 2013, p. 956.

²³ CEDH, *Obst c/Allemagne*, 23 septembre 2010, requête n° 00425/03.

²⁴ CEDH, *Siebenhaar c/Allemagne*, 3 février 2011, requête n° 18136/02.

²⁵ CEDH, *Schüth c/Allemagne*, précité.

Dans l'arrêt « Lautsi et autres c/Italie »²⁶, la Cour dépasse la protection de la seule conviction religieuse ou politique, et y ajoute la « conviction laïque » et donc la dimension philosophique qu'elle implique. De manière plus large, c'est une des premières fois que le juge européen des droits de l'homme étend la notion de convictions protégées aux vues philosophiques et éthiques autres que religieuses ou politiques²⁷.

Force est néanmoins de constater que, dans l'arrêt « Lautsi et autres c/Italie », bien que ce principe soit clairement affirmé, il ne s'appliquait pas à une entreprise, mais à la conviction individuelle des requérants.

Dès lors, si la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas eu, jusqu'à présent, l'occasion de reconnaître l'existence, au sens strict, d'une « entreprise de conviction laïque », il convient de se demander si cette jurisprudence autorise les États parties à s'engager eux-mêmes dans cette voie.

L'affaire Baby-Loup pourrait-elle constituer une opportunité de poser la première pierre d'un édifice jurisprudentiel ?

3. Baby-Loup : une entreprise de conviction laïque ?

Dans l'arrêt attaqué, la Cour d'appel de Paris a considéré que la protection de la liberté de conscience et de religion des enfants et le respect de la pluralité des options religieuses des femmes, dans un environnement multiconfessionnel, justifie l'imposition du principe de neutralité, « *pour transcender le multiculturalisme des personnes auxquelles elle [la crèche] s'adresse* ».

Dans cette affaire, le problème soulevé est celui de la légitimité de l'exigence de neutralité imposée au sein d'une structure privée, car ce principe vient heurter la liberté d'expression religieuse des salarié(e)s.

Cependant, l'ajout des termes « *principe de laïcité* » dans le règlement intérieur de 2003 a eu pour effet de faire resurgir le débat social sur la laïcité et le port du voile et a certainement conduit la cour d'appel de Paris à considérer que Baby-Loup est une entreprise de conviction, sous-entendu, de conviction laïque.

Nous ne partageons pas cette approche.

En effet, dans une société laïque, la neutralité s'entend du principe applicable au sein de la seule sphère soumise aux autorités publiques.

Le concept de laïcité s'entend de la laïcité politique ou de la laïcité philosophique.

La laïcité politique

La loi de 1905, sans référence explicite à la laïcité, fixe son cadre par deux grands principes : la liberté de conscience et le principe de séparation des églises et de l'État²⁸.

Le principe de laïcité fait de l'État le garant de la protection de la liberté de conscience des individus et du pluralisme des convictions.

Une attention toute particulière s'impose à l'État dans le domaine de l'éducation des enfants. En 1905, de manière contingente, il s'agissait de prévenir l'endoctrinement des élèves des écoles publiques par l'Église catholique.

La liberté de conscience, qui englobe la liberté de religion, entendue comme liberté positive et négative, la liberté de croire et la liberté de ne pas croire, ainsi que la liberté corrélatrice de changer de religion, désigne le choix fait par un individu des valeurs ou des principes qui vont conduire son existence.

La République laïque est indifférente aux convictions : elle ne conçoit que des citoyens égaux en droit. Elle « connaît » les religions, mais ne les « reconnaît » pas. En effet, l'État doit assurer le pluralisme des convictions au sein de la société civile, en gardant toute impartialité à leur égard. De cette laïcité politique découle, pour la sphère soumise aux autorités publiques, un principe de neutralité exclusive, c'est-à-dire une neutralité excluant tout signe ostentatoire religieux.

C'est en considération de ces principes fondamentaux que, par son arrêt du 19 mars 2013²⁹, la chambre sociale a étendu le principe de laïcité aux entreprises privées qui accomplissent des missions de service public.

Dans notre espèce, la crèche gérée par l'association Baby-Loup est une entreprise privée non soumise à l'autorité publique. Le principe dégagé par l'arrêt précité ne peut donc trouver ici à s'appliquer. Dans ce sens, l'avis rendu par le Conseil d'État suite à l'affaire Baby-Loup ferme la porte à la possibilité de qualifier l'activité de la crèche de mission de service public.

Comme l'exprimait un commentateur à l'occasion de l'arrêt « Baby-Loup » rendu par la cour d'appel de Versailles³⁰, « [...] si la laïcité est un plat commode, on ne peut la mettre à toutes les sauces. La laïcité est une règle d'organisation de l'État et des rapports avec la (les) religion(s). En faire une référence normative destinée à trancher des conflits entre un employeur privé et un salarié n'a strictement aucun sens. Importer la laïcité dans l'entreprise, c'est la travestir. On prétend en effet en inférer, dans « l'espace social », dont l'entreprise est une des composantes, une obligation de neutralité, alors qu'elle y postule au contraire la liberté pour chacun d'exprimer librement ses convictions religieuses. Au-delà de la sphère de l'action publique, la laïcité défend et soutient la liberté religieuse ; elle ne la condamne pas »³¹.

²⁶ CEDH, 18 mai 2011, requête n° 30814/06.

²⁷ Voir aussi CEDH, Leela Förderkreis e ; V. ea. c/Allemagne, 6 novembre 2008, requête n° 58911/00.

²⁸ Le Conseil constitutionnel a fait évoluer ce principe : « Le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit. Il en résulte la neutralité de l'État. Il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte. 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 garantit le libre exercice des cultes. Il implique que celle-ci ne salarie aucun culte » (2012-297 QPC, 21 février 2013).

²⁹ Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-11.690, Bull. 2013, V, n° 76 (Mme X.../CPAM de Seine-Saint-Denis, DRASSIF, préfet de la région Île-de-France).

³⁰ CA Versailles, 27 octobre 2011.

³¹ P. Adam, *Semaine sociale Lamy*, 28 novembre 2011, 1515.

La laïcité philosophique

L'objet de l'association Baby-Loup est-il la défense et la promotion de la laïcité entendue comme pensée philosophique ?

Le trouble entourant le concept de laïcité provient de son acception comme pensée purement philosophique. Une telle approche est revendiquée par une communauté philosophique, non confessionnelle, d'agnostiques et d'athées, qui adhère à une conception de vie, une morale et une éthique débarrassées de toutes références religieuses. Ce mouvement de pensée, fondé sur une éthique dénommée - et de façon malheureuse - « laïque », s'oppose aux autres convictions et se manifeste par l'absence de signe religieux. À ce titre, l'éthique « laïque » représente une conviction qui, en tant que telle, doit être traitée à égalité avec toute autre conviction, dont les convictions religieuses, et bénéficier des mêmes protections étatiques.

La laïcité comprise comme conviction philosophique s'exprime au sein de la sphère civile par la neutralité. La neutralité est l'expression même dans ce cas de la conviction.

En doctrine, et ainsi que le rappelle M. le conseiller rapporteur, nombre d'auteurs commentant l'affaire « Baby-Loup », partisans de la reconnaissance d'une entreprise de conviction ou de tendance, estiment que cette qualification étant reconnue aux entreprises dont l'objectif présente un caractère religieux, il serait inéquitable de ne pas attribuer cette même qualité à des entreprises ayant pour objectif la laïcité ou présentant à tout le moins un caractère areligieux.

Dans ce sens, il ne fait aucun doute que des associations militant en faveur d'une laïcité politique dont l'objet est de promouvoir la séparation totale entre État et religions pourraient être qualifiées d'entreprises de tendance ou de conviction. La laïcité politique prônée par ces associations ou autres groupements correspond sans doute à ce que la Cour européenne qualifie de « *laïcité de combat* », une attitude antireligieuse, voire irreligieuse, et non neutre³².

Point de hiatus avec la jurisprudence de la Cour européenne, qui, dès 1993, énonce, à titre de principe général, que « *la liberté de pensée, de conscience et de religion [...] est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme - chèrement conquis au cours des siècles - consubstantiel à pareille société* »³³.

À cet égard, la Cour européenne a été amenée plus tard à se prononcer sur la protection juridique de la laïcité dans l'arrêt « Lautsi et autres c/Italie », précité.

De prime abord, il pourrait paraître étonnant que, dans cette affaire, la Cour s'exprime sur la laïcité en tant que conviction philosophique, alors que, en l'espèce, la laïcité devait être analysée dans le cadre de l'éducation publique.

En effet, les requérants, des parents dont les enfants fréquentaient une école publique, reprochaient à celle-ci, et donc, par extension, à l'État italien, d'avoir, par la présence de crucifix dans les salles de classe, enfreint leur droit à éduquer leurs enfants selon une éthique laïque et donc violé leur droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Les requérants reprochaient à l'État son absence de neutralité et d'impartialité au regard des convictions dans l'éducation publique et, par voie de conséquence, la violation de leur droit d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions personnelles laïques.

Ces manquements de l'État semblaient d'autant plus graves que la Constitution italienne, adoptée en 1948, établit, à son article 7, que l'État et l'Église catholique sont, chacun dans son ordre, indépendants et souverains et que leurs rapports sont réglementés par les pactes du Latran. En outre, la Cour constitutionnelle italienne a induit des articles 7, 8, 19 et 20 de la Charte fondamentale un principe de laïcité reconnu comme principe suprême de l'ordre constitutionnel italien³⁴. Des articles 7 et 8, elle a retenu l'exigence de neutralité de l'État vis-à-vis des religions, et la distinction entre sphères civile et religieuse³⁵. Selon la Cour constitutionnelle, la laïcité implique, non pas l'indifférence de l'État vis-à-vis des religions, mais la garantie par ce dernier de la sauvegarde de la liberté de religion, dans un régime de pluralisme confessionnel et culturel³⁶.

Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme se trouvait dans une posture délicate pour juger si l'État italien avait ou non rempli son obligation positive de garantir, en restant neutre et impartial, l'exercice des diverses religions, cultes et croyances.

Cette difficulté était réelle puisque la Cour de cassation et le Conseil d'État italiens avaient adopté des points de vue contraires sur la légitimité de la présence de crucifix dans les écoles publiques, la Cour de cassation condamnant cette pratique.

Or, la Cour de Strasbourg elle-même a rendu, dans cette espèce, deux arrêts en sens contraire, le second, émanant de la grande chambre, autorisant l'État italien à maintenir les crucifix dans les écoles publiques.

Dans cet arrêt, la Cour, plutôt que de parler de « neutralité de l'État », insiste davantage sur le rôle de l'État de contribuer à assurer l'ordre public, la paix religieuse et, il convient de le souligner, la tolérance, dans une société démocratique, notamment entre groupes opposés.

³² CEDH, Dahlab c/Suisse, précité.

³³ CEDH, Kokkinakis c/Grèce, 25 mai 1993, § 31.

³⁴ Corte costituzionale, décision n° 203 du 11-12 avril 1989, *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 1990, p. 193-205.

³⁵ Néanmoins, la Cour constitutionnelle a reconnu pour la première fois la laïcité comme principe suprême lorsqu'elle l'a déclarée compatible avec l'enseignement de la religion catholique dans les écoles publiques. Toutefois, pour juger cet enseignement conforme à la laïcité, la Cour a dû recourir à une fiction : imaginer que l'enseignement strictement confessionnel garanti par le Concordat de 1984 pouvait être considéré comme un enseignement du fait religieux en général, exprimant comme tel l'attachement au pluralisme de l'État laïque et sa « non-indifférence » aux exigences sociales.

³⁶ Corte costituzionale, décision n° 203, précitée.

La Cour, par un tour de force sémantique, réussit à extraire de la dimension religieuse du crucifix une valeur de tolérance vis-à-vis des autres religions et convictions. Le crucifix est reconstruit en symbole de laïcité, symbole passif autorisant l'expression des autres croyances ou non-croyances. Selon l'opinion de deux juges, la tolérance religieuse de l'État italien constitue « [...] un facteur crucial de "neutralisation" de la portée symbolique de la présence du crucifix dans les écoles publiques »³⁷. Ainsi l'État italien satisfait-il à son obligation d'impartialité et de neutralité au regard des convictions religieuses et philosophiques. La Cour, en conformité avec sa jurisprudence précédente³⁸, peut donc conclure à l'absence de violation de l'article 2 du Protocole n° 1³⁹, analysé conjointement avec l'article 9 de la Convention.

Ce n'est donc plus l'État qui doit être neutre, mais le signe religieux ! Il s'agit d'une dénaturation du principe de laïcité politique.

Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme, de façon prudente, ne tire pas toutes les conséquences juridiques de son analyse. Elle ne tranche pas le conflit entre, d'un côté, le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants selon leurs convictions et, de l'autre, l'intérêt de l'État à exposer des symboles religieux manifestant une religion ou une conviction. En effet, elle conclut à la non-violation de l'article 2 du Protocole n° 1 en ayant recours à la technique « de la marge d'appréciation ». Elle laisse ainsi le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques à l'appréciation de l'État italien.

Cet arrêt illustre la réticence de la Cour européenne, en présence de schémas politiques d'organisation étatique variés, à s'immiscer dans le mode de fonctionnement interne des relations entre les États et leurs églises⁴⁰.

En revanche, laisser une marge d'appréciation importante aux États dans la sphère soumise à leur autorité nécessite le renforcement de la protection du pluralisme des convictions au sein de la sphère civile. Aussi n'est-il pas surprenant que la Cour reconnaisse explicitement, et pour la première fois, le droit des individus de se prévaloir de la laïcité en tant que conviction. Elle affirme « 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 ». Elle va jusqu'à préciser qu'« 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 ».

Cette construction juridique de la notion de « conviction philosophique laïque », et donc de droit à la liberté d'expression de cette conviction par ses partisans, va s'imposer au nombre des convictions à prendre en considération par l'État dans le cadre de son obligation positive d'assurer le pluralisme dans la société civile.

Mutatis mutandis, l'obligation positive de l'État d'assurer le pluralisme des convictions ne devrait-elle pas conférer une protection juridique aux partisans de la laïcité philosophique égale à celle dont peuvent se prévaloir les associations religieuses ?

En effet, selon la Cour, il n'est pas de démocratie sans pluralisme⁴¹. Elle interprète l'article 9 à la lumière de l'article 11 de la Convention pour en déduire une obligation positive des États de protéger le pluralisme des convictions dans une démocratie. En outre, elle consacre le principe d'autonomie des communautés religieuses, indispensable au pluralisme dans une société démocratique et au cœur même de la protection offerte par l'article 9⁴².

Ainsi, la Cour, pour protéger la liberté d'expression de mouvements parareligieux, interprète la liberté de pensée, de conscience et de religion comme s'appliquant à des vues atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance⁴³.

En se fondant sur cette jurisprudence qui admet la notion de « conviction philosophique laïque » et sur la consécration, dans de nombreux États, de la notion d'entreprise de conviction, l'assemblée plénière de cette Cour pourrait-elle consacrer la notion d'« entreprise de conviction laïque » à l'occasion de l'affaire qui lui est aujourd'hui soumise ?

En l'espèce, force est de constater que même si Baby-Loup a recours à la neutralité pour tendre à la réalisation de ses objectifs, cette association n'est pas une « entreprise de combat » militant en faveur de la laïcité. Son objet est plus social que politique.

Les statuts de Baby-Loup disposent que l'objet poursuivi par cette association non lucrative, d'intérêt général, est d'offrir un accueil à la petite enfance et de s'engager dans une action pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes, au sein d'un quartier réputé sensible.

L'implantation de la crèche par l'association répond au besoin de certains parents, habitants du quartier, d'éduquer leurs jeunes enfants dans un milieu de neutralité politique et religieuse.

³⁷ Arrêt Lautsi c/Italie, opinion du juge Rozakis, à laquelle se rallie le juge Vajic.

³⁸ La CEDH a jugé que la neutralité dans les écoles publiques découle du caractère obligatoire de celles-ci et, dès lors, qu'elles « doivent être fréquentées par les adhérents de toutes les confessions, sans qu'ils aient à souffrir d'aucune façon dans leur liberté de conscience ou de croyance » (CEDH, Dahlab c/Suisse, précité, p. 7).

³⁹ Article 2, Protocole n° 1 CESDH, relatif au droit à l'instruction : « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, 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 ».

⁴⁰ « [...] Enfin, lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national [...] » (Leyla Sahin c/Turquie, précité, § 109.)

⁴¹ CEDH, Refah Partisi et autres c/Turquie, § 88. En l'espèce, la Cour souligne le rôle essentiel des partis politiques pour le maintien du pluralisme et le bon fonctionnement de la démocratie.

⁴² CEDH, Obst c/Allemagne, précité, § 44 ; Siebenhaar c/Allemagne, précité, § 41.

⁴³ Bayatyan c/Arménie [GC], requête n° 23459/03, § 110, CEDH 2011 ; CEDH, 6 novembre 2008, Leela Förderkreis e.V. et autres c/Allemagne, requête n° 58911/00, § 80, et CEDH, 7 décembre 2010, Jakóbski c/Pologne, requête n° 18429/06, § 44.

Pour atteindre ses objectifs, l'association s'est fixée une politique d'égalité des chances propre à transcender les différentes références culturelles ou politiques et les conditions sociales présentes au sein du quartier. Cette politique se traduit par l'importance de la neutralité politique et confessionnelle du personnel.

Le financement de l'association par des fonds publics, qui représentent entre 80 % et 97 % de son budget de fonctionnement, consacre le caractère d'intérêt général de ses missions.

Objectifs et moyens de l'association, en particulier l'exigence de la neutralité du personnel employé, transparaissent naturellement dans le règlement intérieur de la crèche. Cette neutralité est entendue comme l'interdiction du port des signes ostentatoires d'appartenance religieuse ou communautaire.

Chaque salarié s'engage dans son contrat de travail à une obligation de discrétion et de respect du règlement intérieur.

Il serait erroné d'envisager la neutralité comme l'objectif poursuivi par l'association. Ce serait confondre but et moyens. L'objet de l'association, décrit dans les statuts, concerne l'insertion sociale d'une population défavorisée⁴⁴, en particulier des femmes et des jeunes enfants. À cette fin, l'association vise l'accès à l'autonomie sociale des femmes par la formation professionnelle, et l'éveil éducatif des enfants dans un climat serein, apolitique et areligieux. La mise en retrait de l'appartenance communautaire vise à traiter sur un pied d'égalité chacun des enfants, sans distinction de son origine ethnique, culturelle et sociale, comme le prescrit le devoir de ne pas manifester de favoritisme envers certains enfants, mentionné dans le règlement intérieur.

Pour Baby-Loup, la neutralité des employées de la crèche, manifestée par l'absence de tout signe ostentatoire religieux, est propre également à favoriser le sentiment d'appartenance à une collectivité de travail.

Ce que prône la crèche, c'est « le vivre ensemble » de ce quartier morcelé par le communautarisme.

Tant les statuts de l'association que le règlement intérieur et le mode de recrutement des employés de la crèche indiquent que Baby-Loup ne peut être assimilée à un mouvement militant pour la défense de la laïcité.

Seule la neutralité fait converger en apparence, et de façon trompeuse, la laïcité du service public étatique et la politique d'insertion sociale menée par l'association d'intérêt général Baby-Loup.

C'est pourquoi nous considérons qu'elle ne peut pas être qualifiée d'entreprise de conviction laïque.

S'engager dans cette voie ne serait pas sans risque juridique

À ce jour, la notion d'entreprise de tendance, pure création prétorienne, semble souffrir de contours flous. La terminologie trop vague de « caractère propre » ou de « finalité propre », utilisée par les juges pour qualifier cette catégorie d'entreprises, contribue à l'insécurité juridique de la matière. Ceci est particulièrement regrettable, puisque reconnaître la qualification d'entreprise de tendance signifie appliquer un régime juridique dérogatoire, moins protecteur des droits des salariés.

En droit allemand, la « *Tendenzbetrieb* » recouvre des entreprises à buts politiques, syndicaux, confessionnels, de charité, éducatifs, qui bénéficient d'un statut particulier. Leurs salariés sont tenus d'être en communion de pensée avec la finalité de l'entreprise, c'est-à-dire qu'ils sont, selon l'expression, de « foi sûre »⁴⁵.

Toutefois, l'existence dans le droit allemand d'une législation réglementant les « *Tendenzbetriebe* » s'explique par le fait que la Cour constitutionnelle a posé le principe selon lequel, s'agissant d'une liberté publique, il n'y a pas d'interdiction sans loi.

Envisager une telle transposition de cette notion dans notre État républicain pourrait s'avérer quelque peu hasardeux, et surtout aller au-delà de l'office du juge. D'ailleurs, n'est-il pas emblématique de relever, à cet égard, que le législateur français, au contraire du législateur allemand, n'a pas souhaité utiliser la possibilité, qui lui était offerte à l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2000/78, d'adopter une législation reprenant la jurisprudence nationale sur les entreprises de tendance (voir *supra*) ?

Si l'on admettait qu'une entreprise puisse légitimement se prévaloir d'une conviction laïque, la liberté religieuse des salariés serait très fortement restreinte et les juges ne pourraient pas contrôler le caractère justifié et proportionné de l'interdiction du port ostentatoire de tout signe religieux, car c'est l'absence elle-même de tout signe religieux qui traduirait la conviction laïque de l'entreprise et, par conséquent, l'interdiction de manifester sa religion serait, par nature, justifiée et proportionnée.

Ce constat se trouve corroboré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans sa jurisprudence constante, juge que, dans le cadre de la liberté de religion et conviction, « [...] le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de sa part quant à la légitimité des convictions religieuses ou à la manière dont elles sont exprimées »⁴⁶.

⁴⁴ Le quartier Noé est une des ZUS les plus difficiles d'Île-de-France, avec un revenu médian annuel de 11 195 euros, un taux de chômage de 25 %. La population étrangère extracommunautaire y est estimée à 35 %, celle d'origine nord-africaine et subsaharienne, de culture ou de confession musulmane, y est très largement majoritaire, les moins de 25 ans représentent 52 % des habitants.

⁴⁵ Claire Morin, « Le salarié et la religion : les solutions de droit du travail », *La Semaine juridique, administrations et collectivités territoriales*, n° 12, 21 mars 2005, 1145.

⁴⁶ CEDH, *Eweida et autres c/Royaume-Uni*, précité.

S'agissant d'associations religieuses, la Cour procède à la lecture de l'article 9, à la lumière de l'article 11 de la Convention, ce qui l'amène à conférer une autonomie auxdites associations et à condamner l'ingérence arbitraire des États dans leur vie associative⁴⁷. Rappelons que cette disposition protège, en général, le droit des personnes de s'associer en vue de mener une action collective dans un domaine d'intérêt réciproque.

Selon cette jurisprudence européenne, le seul contrôle possible du juge porte sur la force du lien entre la manifestation de la conviction et cette conviction :

« Pour être qualifié de "manifestation" au sens de l'article 9, l'acte en question doit être étroitement lié à la religion ou à la conviction. Des actes du culte ou de dévotion relevant de la pratique d'une religion ou d'une conviction sous une forme généralement reconnue en constitueraient un exemple. Toutefois, la manifestation d'une religion ou d'une conviction ne se limite pas aux actes de ce type : l'existence d'un lien suffisamment étroit et direct entre l'acte et la conviction qui en est à l'origine doit être établie au vu des circonstances de chaque cas d'espèce. En particulier, le requérant n'est aucunement tenu d'établir qu'il a agi conformément à un commandement de la religion en question »⁴⁸.

Reconnaître la notion d'entreprise de conviction laïque au sein de la sphère civile présenterait par conséquent un risque non négligeable et incontrôlé de limitation forte de la liberté d'expression religieuse des salariés.

Au regard de la liberté d'association, si Baby-Loup ne peut être qualifiée d'entreprise de conviction, peut-elle néanmoins imposer la neutralité à ses employées ? Cette exigence est-elle légitime, justifiée et proportionnelle au but recherché ?

4. Baby-Loup : une entreprise à la neutralité justifiée ?

Ce n'est pas l'appartenance à la religion musulmane de Mme Y... qui a posé difficulté au sein de la crèche, mais bien sa seule expression ostensible par le port du voile islamique.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'interdiction du port de signe ostentatoire religieux est limitée à la seule sphère de travail, qui plus est, en raison du contact avec des enfants en bas âge. L'association, en vue de réaliser son objet social, n'a nul besoin de recruter ses salariés, ou même ses adhérents, en fonction de leurs convictions philosophiques ou religieuses.

Par contre, elle considère que, dans l'intérêt des enfants et le respect du droit des parents de choisir l'éducation de leurs enfants, il est opportun, pour leur éducation, d'exiger une apparence de neutralité religieuse et politique à ses salariés.

Or, parallèlement, Mme Y... a toujours soutenu qu'en portant un foulard, elle obéit à un précepte religieux et manifeste sa volonté de se conformer strictement aux obligations de la religion musulmane.

Dans l'arrêt *Leyla Sahin c/Turquie*, précité, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, à l'égard du foulard islamique, que, dans la mesure où une femme estime obéir « à un précepte religieux et, par ce biais, manifeste sa volonté de se conformer strictement aux obligations de la religion musulmane, on peut considérer qu'il s'agit d'un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction ». Pour la Cour, ce raisonnement s'impose même « sans se prononcer sur la question de savoir si cet acte, dans tous les cas, constitue l'accomplissement d'un devoir religieux ». La Cour européenne adopte donc « une conception personnelle ou subjective de la liberté de religion ».

Point n'est donc besoin de s'interroger sur le sens du port du voile dans la religion musulmane, dès lors que, pour Mme Y..., il correspond à une expression de sa foi.

Or, Mme Y... travaille dans une crèche privée gérée par une association non soumise à l'autorité publique. Son employeur ne peut pas, par conséquent, se prévaloir de l'exercice d'une mission de service public pour imposer le respect de la neutralité religieuse à ses employés⁴⁹. Il est donc indéniable que le fait de sanctionner Mme Y... pour avoir porté un voile islamique au sein de son entreprise tombe sous l'empire de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui protège, notamment, la liberté de manifester des convictions religieuses.

L'exigence de neutralité figurant au règlement intérieur en cause dans cette affaire s'analyse dès lors en une ingérence de l'employeur dans la liberté de conscience et de religion de la salariée.

Cette ingérence peut-elle être légalement justifiée ?

Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'État a une obligation positive en matière de liberté de conscience de l'ensemble des citoyens. Il doit permettre à chacun d'avoir la religion de son choix ou de n'en avoir aucune et d'exercer ou non librement sa religion.

À cet égard, et s'agissant plus précisément de la problématique qui nous est soumise, il y a lieu de rechercher si, et dans quelles conditions, l'État peut prévoir que des employeurs privés sont autorisés à limiter la liberté religieuse de leurs salariés.

⁴⁷ « [L]es communautés religieuses existant traditionnellement sous la forme de structures organisées, l'article 9 doit s'interpréter à la lumière de l'article 11 de la Convention, qui protège la vie associative contre toute ingérence injustifiée de l'État. Vu sous cet angle, le droit des fidèles à la liberté de religion, qui comprend le droit de manifester sa religion collectivement, suppose que les fidèles puissent s'associer librement, sans ingérence arbitraire de l'État. En effet, l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection offerte par l'article 9 » (Église métropolitaine de Bessarabie et autres c/Moldova, n° 45701/99, Recueil 2001-XII, paragraphe 118).

⁴⁸ *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/France* [GC], requête n° 27417/95, §§ 7374, CEDH 2000-VII, CEDH. *Leyla Sahin c/Turquie*, précité, §§ 78 et 105, *Bayatyan*, précité, § 111, *Skugar*, décision précitée, et *Pichon et Sajous*, décision précitée.

⁴⁹ Contrairement à la situation dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre sociale du 19 mars 2013, *CPAM de Seine-Saint-Denis*, précité.

Tout d'abord, et ainsi qu'il a été exposé *supra*, l'article 9, paragraphe 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précise que la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui sont prévues par la loi.

Cette condition de « prévision législative », au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est remplie en raison des dispositions du code du travail qui encadrent les atteintes à la liberté de conviction et par le contrôle de l'application de ces dispositions, tant par l'administration que par le juge (*cf. infra*).

Ainsi, et si l'on s'en tient aux termes mêmes de l'article 9, paragraphe 2, il apparaît bien que la réglementation française prévoit que « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi, et qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Ce but poursuivi par Baby-Loup est-il légitime ?

Le but poursuivi par Baby-Loup est d'accueillir des enfants en bas âge et d'œuvrer à l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier. Pour remplir sa mission, elle considère que la liberté de conscience et la dignité des personnes accueillies, enfants et femmes, doivent être respectées.

La Cour européenne des droits de l'homme établit le principe selon lequel, dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent, il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun⁵⁰.

La Cour affirme que la nécessité de préserver ce pluralisme dans l'éducation est plus impérieuse encore lorsque les élèves proviennent d'horizons culturels différents⁵¹.

Baby-Loup est une association. La liberté d'association est inscrite dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et figure au rang des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés dans le préambule de la Constitution. Les associations constituent l'un des piliers de notre vie démocratique, sociale et culturelle.

En France, environ 10 % des crèches privées existantes sont à caractère confessionnel.

En l'espèce, il s'agit d'une structure d'accueil d'enfants en bas âge dans un quartier sensible marqué par sa multiplicité religieuse et culturelle. Compte tenu de l'importance de la protection de la liberté de conscience des jeunes enfants, du respect du droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions personnelles ainsi que de la liberté d'association, la restriction par l'employeur de la liberté des salariés de manifester leur appartenance religieuse dans l'entreprise poursuit un des buts légitimes énumérés à l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui, puisqu'elle vise à faire respecter le principe du pluralisme, nécessaire dans une société démocratique⁵².

La Cour européenne des droits de l'homme apprécie l'« ingérence » litigieuse à la lumière de l'ensemble des éléments de chaque cause, y compris la portée des actes incriminés et le contexte dans lequel ils ont été accomplis, afin de déterminer si l'ingérence est « proportionnée aux buts légitimes poursuivis » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants »⁵³.

En droit interne, l'article L. 1121-1 du code du travail permet à l'employeur de restreindre les libertés des salariés si les restrictions sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

Le principe est donc que, en France, les salariés sont libres de manifester leur religion dans les entreprises privées. Un interdit général concernant le port de signes religieux ou d'appartenance à d'autres convictions ne serait pas, bien évidemment, justifié.

S'agissant de Baby-Loup, l'exigence de la neutralité religieuse et politique, rappelée dans le règlement intérieur, est le moyen de réaliser l'objet social de l'entreprise, soit l'insertion sociale par la construction d'un lien social dégagé de toute référence religieuse ou politique.

La neutralité politique et confessionnelle ne vise qu'à favoriser la socialisation de personnes appartenant à ce quartier sensible, dont les enfants en bas âge et les femmes. Ainsi, la mesure d'interdiction de port ostentatoire de signe religieux vise à empêcher des actes de provocation, de prosélytisme et de propagande de la part des salariés dans le cadre de l'éducation de jeunes enfants.

La manière dont Mme Y... a manifesté sa croyance en portant un voile islamique ne constitue certes pas une menace pour l'ordre public. Il reste qu'au vu du jeune âge des enfants, l'assemblée plénière devra admettre que le port du voile dans une crèche présente un risque certain de pression sur autrui.

Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'attitude des enseignants joue un rôle important. Par leur seul comportement, ceux-ci peuvent avoir une grande influence sur leurs élèves ; ils représentent un modèle auquel les élèves sont particulièrement réceptifs en raison de leur jeune âge, de la quotidienneté de la relation - à laquelle ils ne peuvent en principe se soustraire - et de la nature hiérarchique de ce rapport.

⁵⁰ CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c/Grèce, § 33, requête n° 14307/88.

⁵¹ CEDH, Dahlab c/Suisse, précité.

⁵² CEDH, Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c/Turquie [GC], n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 67, CEDH 2003 II, et Leyla Sahin, précité, § 99.

⁵³ Fressoz et Roire c/France [GC], n° 29183/95, CEDH 1999-I.

Selon la Cour, « *la liberté de manifester ses convictions religieuses peut être légitimement limitée lorsque cette restriction vise à protéger la liberté de conscience des enfants en bas âge, considérés comme un public particulièrement influençable et sensible* »⁵⁴. Le port du foulard, en particulier, emporte donc pour la Cour un risque d'atteinte aux sentiments religieux des élèves et de leurs parents.

Dans cet arrêt, elle établit le principe de primauté de la liberté de conscience des enfants en bas âge sur la liberté pour un salarié de manifester sa religion.

De surcroît, le respect des opinions des enfants, principe fondamental de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, et notamment son article 14, auquel s'est expressément référé la cour d'appel de Paris dans l'arrêt attaqué, tend à justifier la neutralité politique ou confessionnelle en milieu éducatif.

À cet égard, le Haut conseil à l'intégration considère que le respect des opinions de l'enfant doit être compris comme un droit de l'enfant à la neutralité et l'impartialité, en sorte que les personnels des établissements associatifs accueillant des enfants en mode collectif devraient respecter ces principes⁵⁵.

M. le conseiller rapporteur a largement exposé l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur la question de l'applicabilité directe ou non de cet article 14⁵⁶.

Au vu de la distinction opérée entre les dispositions de la Convention qui sont d'applicabilité directe et celles qui ne le sont pas, l'assemblée plénière pourra juger que l'article 14 est une disposition d'applicabilité directe et que la protection de la liberté de pensée, de conscience et de religion des enfants ainsi que la liberté des parents de guider leurs enfants constituent un objectif légitime qui peut être recherché par une crèche.

C'est donc au vu des objectifs de l'association, d'une part, et, d'autre part, parce que la salariée est en contact avec un certain type de public, en l'occurrence des enfants en bas âge, que la restriction à sa liberté religieuse par son employeur se trouve justifiée.

Au surplus, la liberté de conscience des enfants dérive de la liberté des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs convictions personnelles.

Dans une démocratie, donner la primauté à cette première liberté revient à consacrer la seconde. Dans cette optique, comment un enfant pourrait-il être soumis, dans une crèche privée, à des manifestations religieuses de la part du personnel, alors que ses parents n'auraient pas le droit de réclamer la neutralité pour lui, qui plus est au cas d'absence de toute crèche publique laïque ?

Comment pourrait-on en conclure qu'aucune crèche privée n'aurait le droit de proposer un service où toute manifestation religieuse serait interdite ?

L'observatoire de la laïcité n'occulte pas que le manque global de places en crèches ne garantit pas à tous les parents une véritable liberté de choix pour la garde de leurs enfants entre une structure privée et une structure relevant du service public, privée ou publique. Ne serait-il pas paradoxal de limiter l'initiative privée quand elle tend à pallier cette insuffisance en lui déniait le droit d'imposer le respect de la neutralité religieuse dans l'entreprise ?

Encore faut-il veiller à ce que la restriction à la liberté soit proportionnée au but recherché.

Avant de vérifier si tel est le cas en l'espèce, il faut rappeler que la restriction à la liberté de conscience ou de religion ne porte que sur la liberté de manifester sa religion. Il s'agit pour les salariés susceptibles d'être en contact avec des enfants en bas âge d'agir avec réserve quant à l'expression de leurs opinions religieuses.

Selon le règlement intérieur, la restriction à la liberté de manifester la religion ne s'applique pas en dehors du champ d'activités de la crèche, et seulement aux activités entraînant le contact du personnel avec les enfants.

Mme Y..., suivie en cela par la chambre sociale de la Cour dans l'arrêt du 19 mars 2013, considère que la formulation du règlement intérieur est trop générale et abstraite.

Cependant, même si cette clause peut paraître, dans sa rédaction, assez générale, elle ne peut pas être lue sans considération de la nature de l'entreprise, du nombre de salariés et de la nature des fonctions qu'ils exercent.

Si, dans une entreprise comptant des milliers de salariés, une telle clause serait sans aucun doute trop générale et imprécise, elle n'a pas ces défauts si est pris en considération le fait que Baby-Loup est une petite structure qui emploie peu de personnel et que, de ce fait, chaque membre du personnel est susceptible d'entrer en contact avec les enfants.

L'appréciation de la clause, sa généralité et sa précision doit se faire *in concreto* et non *in abstracto*, comme a semblé le faire la chambre sociale.

Lue dans cette optique, la clause litigieuse du règlement intérieur, qui exige des salariés qu'ils ne manifestent pas leur religion dans l'exercice des activités de la crèche, tant dans ses locaux qu'à l'extérieur de ceux-ci lorsque les enfants sont accompagnés à l'extérieur par des salariés, n'est ni générale ni abstraite, puisqu'elle exige la neutralité dans les locaux de la crèche, dans lesquels tous les salariés sont susceptibles d'être en contact avec les enfants, et à l'extérieur pour ceux qui accompagnent les enfants.

Eu égard à la nature des fonctions des salariés de la crèche qui sont susceptibles d'entrer en contact avec des enfants et de la légitimité du but poursuivi, à savoir, assurer la liberté de conscience des enfants en bas âge et de leurs parents, l'atteinte à la liberté de conscience, qui est limitée à l'interdiction de manifester sa religion, est justifiée et proportionnée.

⁵⁴ CEDH, Dahlab c/Suisse, précité.

⁵⁵ Avis du HCI, « Expression religieuse et laïcité dans l'entreprise », 1^{er} septembre 2011.

⁵⁶ Rapport, p. 58 et suivantes.

Enfin, il n'est pas inutile de préciser que Mme Y... a choisi librement d'exercer sa profession d'éducatrice au sein de la crèche Baby-Loup, institution qui, en vertu des dispositions précitées du règlement intérieur et dont elle a eu connaissance au moment de la signature de son contrat de travail, lui imposaient un principe de neutralité religieuse et politique. Jusqu'à son retour de congé parental, elle a respecté cette exigence. Elle ne pouvait pas ignorer, au jour de son engagement, que la condition de neutralité était une condition essentielle au contrat.

La Cour européenne, dans une espèce où la requérante, de confession protestante, travaillait dans une crèche catholique, retient cette analyse fondée sur la liberté contractuelle pour conclure à la non-violation de l'article 9, lorsque « [...] l'intéressée était ou devait être consciente, lors de la signature de son contrat de travail et notamment du paragraphe 2, b, qui renvoyait à l'article 6, § 3, des réglementations, du fait que son appartenance à l'Église universelle et ses activités en faveur de celle-ci étaient incompatibles avec son engagement dans l'Église protestante »⁵⁷.

Aux termes de ces explications, il nous semble donc :

- que la législation française contenue dans le code du travail, et sa mise en œuvre sous le contrôle de l'administration et du juge, remplit les conditions prévues à l'article 9, paragraphe 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour que des restrictions puissent être apportées par les employeurs privés à la liberté, pour les salariés, de manifester leurs convictions religieuses ;
- que les règlements intérieurs des entreprises pris en application de cette législation remplissent également ces conditions ;
- que des employeurs privés peuvent, dans le cadre de cette législation, restreindre la liberté de leurs salariés de manifester leurs convictions, sans qu'il y ait lieu de recourir à la notion d'entreprise de conviction laïque, laquelle n'a pas de reconnaissance législative ou réglementaire en droit français et se heurte au principe de laïcité, qui a une valeur constitutionnelle ;
- que des employeurs privés peuvent cependant, dans le cadre de cette législation, restreindre la liberté de leurs salariés de manifester leurs convictions à condition, toutefois, que ces employeurs aient un motif légitime de le faire et que la restriction soit proportionnée eu égard à la nature de la tâche à accomplir par le salarié ;
- que constitue un objectif légitime d'apporter des restrictions à la liberté du salarié de manifester ses convictions la volonté de protéger une autre liberté individuelle telle que la liberté de conscience des usagers ou des clients de l'entreprise.

Il convient désormais de vérifier si la cour d'appel de Paris a fait une exacte application de ces principes.

III. - Analyse de l'arrêt attaqué

La cour d'appel de Paris a tout d'abord considéré qu'une personne morale de droit privé peut 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, notamment par l'interdiction de porter un signe ostentatoire religieux.

La cour d'appel a considéré ensuite que les buts poursuivis par Baby-Loup permettent de considérer qu'elle assure une mission d'intérêt général.

Elle a également estimé que la nécessité de protéger la liberté de conscience des enfants et celle de respecter la pluralité des options religieuses des femmes réinsérées par Baby-Loup autorisait cette association à imposer à ses salariés une neutralité politique et religieuse.

Elle en a conclu que Baby-Loup peut être qualifiée d'entreprise de conviction qui est en mesure d'exiger la neutralité de son personnel, cette exigence étant rappelée par les statuts de l'association et par son règlement intérieur.

La cour d'appel a ensuite considéré que l'obligation formulée dans le règlement intérieur était suffisamment précise, que les restrictions 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, qu'elles ne portent pas atteinte aux libertés fondamentales, ne présentent pas de caractère discriminatoire et qu'elles répondent à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de protéger la conscience en éveil des enfants.

Enfin, la cour d'appel a considéré que le comportement de Mme Y... après sa mise à pied a caractérisé une faute grave, nécessitant son départ immédiat de l'entreprise.

S'il apparaît, à la lecture de l'arrêt attaqué, que la cour d'appel a pu commettre des erreurs quant à la justification de la licéité de l'interdiction de manifester la liberté religieuse pour les salariés de Baby-Loup, erreurs qui sont à juste titre critiquées par certains moyens, il n'en demeure pas moins qu'elle a correctement motivé sa décision en retenant que Baby-Loup avait, sans violation injustifiée de la liberté de Mme Y... de manifester ses convictions religieuses, pu restreindre cette liberté et sanctionner cette salariée qui refusait de se soumettre à cette restriction.

1. Sur la licéité de la restriction à la liberté de manifester ses convictions religieuses

Pour les raisons qui ont été largement exposées plus haut, il apparaît que c'est à tort que la cour d'appel de Paris s'est fondée sur la notion « d'entreprise de conviction ».

Les critiques contenues dans les première, deuxième, quatrième, cinquième et sixième branches du premier moyen ainsi que les première et quatrième branches du deuxième moyen semblent pertinentes à cet égard.

⁵⁷ CEDH, arrêt Siebenhaar c/Allemagne, précité. Voir, *mutatis mutandis*, arrêt du 23 septembre 2008, Ahtinen c/Finlande, requête n° 48907/99, § 41.

De même, en considérant que la restriction apportée à la liberté de manifester sa religion répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants, la cour d'appel semble avoir confondu l'objectif à atteindre - la protection de la conscience des enfants - et le moyen d'y parvenir - la neutralité religieuse -, ainsi que le relève la huitième branche du premier moyen.

Cela ne doit cependant pas entraîner la cassation de l'arrêt, car les motifs justement critiqués peuvent être considérés comme surabondants, l'arrêt étant par ailleurs justifié par d'autres motifs pertinents.

En effet, il a été exposé que nous considérons que Baby-Loup ayant pour objet l'éveil éducatif des enfants en bas âge, elle peut avoir pour objectif légitime de protéger le droit des enfants à la liberté de conscience et celui des parents de guider les enfants dans l'exercice de ce droit. Ce droit est reconnu à l'article 14 de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui peut être, rappelons-le, considéré comme étant d'applicabilité directe, ce que l'assemblée plénière jugera en rejetant la troisième branche du premier moyen.

Baby-Loup étant une crèche non confessionnelle, qui prône la neutralité religieuse et politique, le choix des parents de se tourner vers cette crèche, en l'absence de structure publique offrant cette neutralité, doit être respecté. Cette structure d'accueil propose aux parents un environnement de neutralité politique et religieuse que Baby-Loup ne peut assurer qu'en demandant à ses salariés de respecter cette neutralité en s'abstenant de toute manifestation des convictions religieuses.

Or, la cour d'appel a relevé sur ce point « *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 œuvre 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* ».

Elle a ainsi caractérisé la légitimité de l'objectif recherché.

L'atteinte à la liberté de manifester sa religion est licite puisqu'elle est fondée sur les dispositions du code du travail et l'interprétation qui en est faite par l'administration et par les juridictions. La possibilité de porter atteinte à la liberté de manifester ses convictions religieuses est donc bien « prévue par la loi », au sens de l'article 9, paragraphe 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La septième branche du premier moyen doit être rejetée sur ce point.

L'atteinte à la liberté religieuse est prévue par le règlement intérieur, dont la clause litigieuse n'est, ainsi qu'il a été exposé plus haut, ni générale ni imprécise si l'on prend en considération le fait que Baby-Loup est une petite structure, que tous les membres du personnel sont susceptibles d'entrer en contact avec les enfants et que c'est l'accompagnement des enfants qui est mis en avant dans le règlement intérieur.

Sur ce point, la cour d'appel a relevé que « *l'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* ».

Cette motivation par laquelle la cour d'appel interprète la clause du règlement intérieur au vu de l'activité de l'entreprise n'encourt pas le grief de dénaturation invoqué aux deuxième et troisième branches du troisième moyen.

Ainsi, la restriction apportée à la liberté des salariés de manifester leurs convictions religieuses a été édictée dans un règlement intérieur, qui peut légalement prévoir de telles restrictions, et a pour objet d'atteindre l'objectif légitime de la protection du droit à la liberté de conscience des enfants accueillis dans la crèche.

Cette restriction était-elle justifiée par la nature de la tâche à accomplir par les salariés ?

Une fois encore, la crèche exploitée par Baby-Loup était une petite structure qui emploie peu de salariés. Ces derniers sont susceptibles d'être en contact avec des enfants. L'exigence de neutralité qui se traduit par une interdiction de manifester ses convictions religieuses est bien justifiée par la nature des tâches à accomplir par les salariés.

La cour d'appel a considéré que l'obligation de neutralité doit 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* » et « *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* ».

La cour d'appel a bien fait ressortir que la restriction à la liberté de manifester sa religion était justifiée par la nature des tâches à accomplir par les salariés. La neuvième branche du premier moyen doit être rejetée.

2. Sur la procédure disciplinaire

Les deuxième et troisième branches du deuxième moyen critiquent le fait que la cour d'appel ait qualifié de faute disciplinaire le fait, pour Mme Y..., de porter un voile islamique. Selon le moyen, ce fait ne pouvait pas être qualifié de faute.

Il est vrai que la cour d'appel ne développe pas ce point. Dans la première partie de la motivation, elle démontre que le règlement intérieur qui apporte une restriction à la liberté de manifester ses convictions religieuses est licite et, dans un second temps, elle s'attache à démontrer que la faute de la salariée peut être qualifiée de faute grave. Ce faisant, elle sous-entend que le fait de ne pas s'être conformée au règlement intérieur est une faute.

Or, elle n'était pas tenue de caractériser l'existence d'une faute.

En effet, aux termes de l'article L. 1321-1 du code du travail, le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe, notamment, les règles générales et permanentes relatives à la discipline.

Le règlement intérieur de 2003 précise que « *toute infraction au présent règlement peut faire l'objet d'une sanction* ». Ainsi, le fait de ne pas respecter l'interdiction de manifester ses convictions religieuses est une infraction au règlement intérieur et est passible d'une sanction disciplinaire, laquelle peut être, aux termes du règlement intérieur, un licenciement sans préavis.

À partir du moment où la cour d'appel a jugé que clause litigieuse du règlement intérieur est licite, sa violation est une faute disciplinaire, contrairement à ce que soutiennent les deuxième et troisième branches du deuxième moyen ainsi que les deuxième, troisième et quatrième branches du quatrième moyen.

Enfin, s'agissant de la gravité de la faute qui a eu pour effet de priver Mme Y... de son préavis, la cour d'appel s'est fondée sur le fait qu'elle s'était maintenue dans les lieux après sa mise à pied conservatoire et avait eu un comportement agressif, relaté dans la lettre de licenciement.

M. le conseiller rapporteur a exposé de manière très complète la jurisprudence de la chambre sociale en la matière, de laquelle il ressort que, dans certaines circonstances, le fait de refuser de se soumettre à un ordre licite de mise à pied conservatoire peut caractériser une faute grave.

Le refus de Mme Y... de respecter le règlement intérieur en retirant son voile, qui était une manifestation de ses convictions religieuses, justifiait le fait qu'elle puisse être mise à pied. La cour d'appel a analysé le comportement de la salariée et a déduit qu'il s'analysait en une faute grave. Ce raisonnement doit être approuvé.

IV. - Conclusion

Au vu de l'ensemble de ces considérations, nous concluons au **rejet** du pourvoi.

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

N° 1420

Question prioritaire de constitutionnalité

Code de procédure pénale. - Article 87. - Égalité. - Contradictoire. - Droits de la défense. - Double degré de juridiction. - Caractère sérieux. - Défaut. - Non-lieu à renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que la première question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :

« Les dispositions de l'article 87 du code de procédure pénale portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit en application de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, et l'article 34 de la Constitution, et plus particulièrement aux principes d'égalité, de respect du principe du contradictoire et des droits de la défense en ce qu'elles ne prévoient pas la notification à la partie civile des réquisitions du procureur de la République et observations des parties visant à contester la recevabilité de la partie civile, avant que le juge statue sur le bien-fondé de cette contestation, cela après avoir recueilli au besoin les observations de la partie civile ? »

Attendu que la seconde question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :

« Les dispositions de l'article 87 du code de procédure pénale portent-elles atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit en application de l'article 6 et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, et l'article 34 de la Constitution, et plus particulièrement aux principes d'égalité, de respect du double degré de juridiction et des droits de la défense en ce qu'elles privent la partie civile d'un double degré de juridiction lorsque le procureur de la République ou des parties entendent contester la recevabilité de la partie civile ? »

Joignant les questions prioritaires de constitutionnalité en raison de la connexité ;

Attendu que la disposition contestée est applicable à la procédure ;

Qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Mais attendu que les questions posées, ne portant pas sur l'interprétation de dispositions constitutionnelles dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, ne sont pas nouvelles ;

Et attendu que les questions prioritaires de constitutionnalité, à l'évidence, ne sont pas sérieuses, au regard du principe de la contradiction tel que garanti par l'article préliminaire, I, du code

de procédure pénale, en ce que le juge d'instruction ne peut déclarer, d'office ou sur contestation, la constitution d'une partie civile irrecevable sans l'avoir mise en mesure, au préalable, de présenter ses observations ;

D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer les questions au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

DIT n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité.

Crim. - 3 juin 2014.

NON-LIEU À RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 14-90.014. - CA Versailles, 11 mars 2014.

M. Louvel, Pt. - Mme Moreau, Rap. - M. Desportes, Av. Gén.

Note arrêt Crim., 3 juin 2014, n° 1420 ci-dessus

La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans sa décision ici commentée, dit n'y avoir lieu à transmettre au Conseil constitutionnel les deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives à l'article 87 du code de procédure pénale dont elle était saisie.

Ces questions lui avaient été soumises par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Versailles à l'occasion de l'appel interjeté contre une ordonnance d'un juge d'instruction ayant déclaré, d'office, irrecevable la constitution d'une partie civile en application de l'article 87 du code de procédure pénale.

Elle invoquait l'inconstitutionnalité de cette disposition au regard du principe de la contradiction, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, et du droit au double degré de juridiction, en ce qu'elle ne prévoyait pas que la partie civile fût informée de la contestation de sa qualité et mise ainsi en mesure de présenter ses observations sur cette contestation.

En réalité, l'invocation du droit au double degré de juridiction au soutien de l'une des questions posées n'était pas opérante dès lors que le Conseil constitutionnel ne confère à ce droit aucune valeur constitutionnelle (Conseil constitutionnel, 12 février 2004, décision n° 2004-491 DC, Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française).

C'est donc au regard du seul principe de la contradiction que la constitutionnalité de l'article 87 du code de procédure pénale a été examinée.

On rappellera que cette disposition traite de la constitution de partie civile par voie d'intervention et des conditions dans lesquelles le juge d'instruction peut, d'office ou sur contestation d'une partie ou du procureur de la République, déclarer une telle constitution irrecevable. L'article 87 du code de procédure pénale

oblige le juge d'instruction à statuer, après communication du dossier au ministère public, par une ordonnance motivée, dont l'intéressé peut relever appel.

La chambre criminelle de la Cour de cassation considère que le plaignant devient partie civile par le seul fait de sa déclaration devant le juge d'instruction (Crim., 28 mai 1968, pourvoi n° 67-90.121, *Bull. crim.* 1968, n° 176).

Ainsi, l'article 87 du code de procédure pénale détermine la procédure à suivre pour dire irrecevable la constitution d'une partie civile, que cette irrecevabilité succède immédiatement à l'envoi de cette déclaration ou qu'elle lui succède ultérieurement au cours de la procédure à la faveur de l'évolution des investigations diligentées.

Au visa de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que, saisie de l'appel d'une ordonnance de non-lieu, une chambre de l'instruction ne pouvait déclarer d'office l'irrecevabilité d'une partie civile sans avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations (Crim., 3 mai 2007, pourvoi n° 06-82.149, *Bull. crim.* 2007, n° 116 ; Crim., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-88.357 ; Crim., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-84.667).

La chambre criminelle a également jugé que la chambre de l'instruction ne pouvait prononcer d'office l'annulation d'une mise en examen ou relever d'office la prescription de l'action publique sans avoir permis aux parties d'en débattre (Crim., 26 juin 2012, pourvoi n° 12-80.319, *Bull. crim.* 2012, n° 158 ; Crim., 8 janvier 2013, pourvoi n° 12-81.045, *Bull. crim.* 2013, n° 9).

Les questions prioritaires de constitutionnalité posées tendaient donc à faire admettre à la chambre criminelle, s'agissant de la

contestation de la qualité de partie civile, que le principe de la contradiction devait s'exprimer avec la même intensité devant les juridictions d'instruction, tant celles du premier degré que celles du second degré.

Quoique la décision sur la recevabilité de la constitution de partie civile ne lie pas la juridiction de jugement (Crim., 15 mai 1997, pourvoi n° 96-81.496, *Bull. crim.* 1997, n° 185), le plaignant dont la qualité de partie civile a été contestée se trouve privé de toute possibilité de corroborer l'action publique au cours de l'information. Il s'agit, en conséquence, d'une décision lourde de sens et d'effets, et il peut apparaître difficilement justifiable de ne pas lui faire connaître l'existence d'une contestation sur sa qualité et de le mettre en mesure de présenter ses observations.

Il apparaît, au contraire, de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de ne pas attendre l'instance d'appel pour prendre en compte les arguments, peut-être déterminants, susceptibles d'être exposés par lui, d'autant qu'aucune contrainte de temps ou tenant à la nécessité d'assurer la sécurité de la procédure ne peut être mise en avant pour écarter une telle solution.

Celle-ci pouvait être aisément mise en œuvre par la chambre criminelle de la Cour de cassation, à qui il appartient, au visa de l'article préliminaire, de veiller au respect du principe de la contradiction (Cass., 8 juillet 2010, QPC n° 10-90.048).

C'est donc en toute logique que la chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que les questions prioritaires de constitutionnalité, à l'évidence, ne sont pas sérieuses, au regard du principe de la contradiction tel que garanti par le I de l'article préliminaire du code de procédure pénale, « *en ce que le juge d'instruction ne peut déclarer, d'office ou sur contestation, la constitution d'une partie civile irrecevable sans l'avoir mise en mesure, au préalable, de présenter ses observations* ».

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° **I421**

Action civile

Préjudice. - Réparation. - Partage de responsabilité. - Faute de la victime. - Victime d'une infraction intentionnelle contre les biens. - Faute ayant concouru à la réalisation du dommage.

Lorsque plusieurs fautes ont concouru à la production du dommage, la responsabilité de leurs auteurs se trouve engagée dans une mesure dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond.

Encourt la cassation l'arrêt qui, après avoir relevé, de la part de certaines victimes du délit d'abus de confiance, des fautes ayant concouru à la réalisation de leur préjudice, n'en tire pas les conséquences sur l'évaluation du montant de l'indemnité qui leur est due par les prévenus.

Crim. - 25 juin 2014.

CASSATION PARTIELLE

N° 13-84.450. - CA Basse-Terre, 28 mai 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Azema, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° **I422**

Action civile

Recevabilité. - Banqueroute. - Action d'un créancier. - Délit commis par le débiteur en règlement judiciaire. - Conditions. - Préjudice particulier distinct du montant de la créance et résultant directement de l'infraction.

Si l'article L. 654-17 du code de commerce n'interdit pas à un créancier de se constituer partie civile par voie d'intervention dans une information ouverte notamment du chef de banqueroute par détournement d'actif, c'est à la condition que soit invoqué, par cette partie civile, un préjudice particulier distinct du montant de sa créance déclarée dans la procédure collective ouverte contre son débiteur et résultant directement de l'infraction.

Crim. - 17 juin 2014.

REJET

N° 13-83.288. - CA Poitiers, 9 avril 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Maziau, Rap. - M. Desportes, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 24, 3 juillet 2014, Actualité/droit des affaires, p. 1373 (« Banqueroute : constitution de partie civile des créanciers par

voie d'intervention »). Voir également la revue Droit des sociétés, n° 8-9, août-septembre 2014, commentaire n° 136, p. 41-42, note Renaud Salomon (« Conditions drastiques de recevabilité de la constitution de partie civile des créanciers »), également publiée dans La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 31-34, 31 juillet 2014, Chronique - droit pénal de l'entreprise, n° 1410, p. 30 à 35, spéc. n° 22, p. 35.

N° **I423**

Appel correctionnel ou de police

Appel de la partie civile. - Relaxe du prévenu en première instance. - Pouvoirs de la juridiction d'appel. - Réparation du dommage résultant de la faute civile du prévenu relaxé. - Caractérisation d'une infraction pénale à l'encontre du prévenu relaxé (non).

N'encourt pas la censure l'arrêt qui, pour allouer des dommages-intérêts à des sociétés parties civiles appelantes d'un jugement de relaxe, constate que le prévenu, cogérant de ces sociétés, a omis de remettre des espèces, provenant des caisses des magasins qu'elles exploitent, à l'agence bancaire détenant leurs comptes, dès lors que de telles énonciations caractérisent, à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite, une faute civile qui a entraîné pour les parties civiles un préjudice direct et personnel ouvrant droit à réparation pour un montant que les juges ont souverainement évalué, dans les limites des conclusions dont ils étaient saisis.

Crim. - 24 juin 2014.

REJET

N° 13-84.478. - CA Douai, 4 avril 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme Duval-Arnould, Rap. - M. Liberge, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, M^e Bouthors, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 25, 10 juillet 2014, Actualité/droit pénal et procédure pénale, p. 1453 (« Action civile : appel de la partie civile et réparation du préjudice »).

N° **I424**

Appel correctionnel ou de police

Appel du ministère public. - Appel limité aux dispositions pénales. - Audition de la victime comme témoin. - Observations de l'avocat de la victime. - Possibilité (non).

Méconnaît l'article 437 du code de procédure pénale la cour d'appel qui, saisie par le procureur de la République des dispositions portant sur l'action publique d'un jugement de

relaxe, entend en ses observations l'avocat de la victime, laquelle, déboutée de ses demandes, n'a pas interjeté appel de la décision et est entendue en qualité de témoin.

Crim. - 18 juin 2014.

CASSATION

N° 13-86.526. - CA Versailles, 9 septembre 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Raybaud, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 7 juillet 2014, Actualités, n° 783, p. 1337, note Anne Donnier (« Les effets d'une constitution de partie civile jugée irrecevable »).

N° 1425

1° Assurance

Mutuelle. - Infractions au code de la mutualité. - Responsabilité. - Dirigeant. - Appréciation souveraine.

2° Frais et dépens

Droit fixe de procédure (article 1018 A du code général des impôts). - Domaine d'application. - Prévenu déclaré coupable et dispensé de peine (oui).

1° C'est souverainement que les juges apprécient si le président d'une association ayant pour objet la prise en charge financière des frais funéraires de ses adhérents, opération d'assurance, s'est comporté comme le dirigeant d'une mutuelle et encourt à ce titre les sanctions prévues au code de la mutualité.

2° Le prévenu déclaré coupable et dispensé de peine est, en application de l'article 132-59, dernier alinéa, du code pénal, tenu au paiement du droit fixe de procédure défini à l'article 1018 A du code général des impôts.

Crim. - 24 juin 2014.

REJET

N° 13-84.955. - CA Saint-Denis de la Réunion, 6 juin 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Roth, Rap. - M. Liberge, Av. Gén. - SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 7 juillet 2014, Actualités, n° 785, p. 1337-1338 (« Applicabilité de l'article 1018 A du code général des impôts à la personne condamnée dispensée de peine »).

N° 1426

Cassation

Décisions susceptibles. - Chambre de l'instruction. - Ordonnance du président (article 173, dernier alinéa, du code de procédure pénale). - Ordonnance appliquant à tort l'article 173, dernier alinéa, du code de procédure pénale. - Portée.

Excède ses pouvoirs, et prive ainsi le mis en examen de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le code de procédure pénale, le président de la chambre de l'instruction qui, se fondant sur l'article 173, dernier alinéa, du même code, rend une ordonnance déclarant irrecevable la requête d'un mis en examen en annulation de pièces de la procédure, déposée la veille de l'examen de la requête d'un tiers aux fins d'annulation, au motif que le mis en examen aurait dû procéder par mémoire et faire état, le jour de l'audience, des moyens de nullité qu'il était en mesure de connaître.

Crim. - 18 juin 2014.

ANNULATION SANS RENVOI

N° 14-81.422. - CA Douai, 7 février 2014.

M. Louvel, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Gauthier, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 1427

1° Cassation

Pourvoi. - Mémoire. - Mémoire personnel. - Mémoire additionnel. - Production. - Délai. - Dépassement du délai légal. - Sanction. - Irrecevabilité.

2° Compétence

Compétence territoriale. - Juridiction de proximité. - Contraventions. - Circulation routière. - Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement. - Titulaire personne morale. - Représentant légal seul redevable. - Portée.

1° Est irrecevable en application de l'article 584 du code de procédure pénale le mémoire personnel additionnel d'un redevable pécuniaire, personne non condamnée pénalement, reçu à la Cour de cassation plus de dix jours après la date du pourvoi, lequel ne saisit donc pas la Cour de cassation des moyens qu'il contient.

2° Est compétente pour connaître de la redevabilité pécuniaire du représentant légal d'une personne morale la juridiction soit du lieu de commission ou de constatation de l'infraction, soit du lieu du siège social de la personne morale à la date de la contravention.

Crim. - 4 juin 2014.

REJET

N° 13-87.278. - CA Bourges, 2 octobre 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Moreau, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén.

Note sous Crim., 4 juin 2014, n° 1427 ci-dessus

Par le présent arrêt de rejet, la chambre criminelle a été amenée à préciser :

- les conditions de recevabilité d'un mémoire personnel additionnel pris par le représentant légal d'une personne morale (articles L. 121-3, alinéa 3, et L. 121-2, alinéa premier, du code de la route) ;

- la compétence territoriale de la juridiction de proximité ou de police.

Poursuivi comme redevable pécuniairement de l'amende encourue pour un excès de vitesse relevé à Toulouse, le représentant légal de la personne morale titulaire du certificat d'immatriculation avait soulevé l'exception d'incompétence territoriale de la cour d'appel de Bourges, ressort du siège social, et demandé à être cité devant une juridiction du ressort de la cour d'appel d'Orléans, compétente en raison du lieu de son domicile personnel.

À la suite du rejet de l'exception d'incompétence par la cour d'appel, le représentant légal a formé un pourvoi en cassation, suivi d'un mémoire personnel, déposé dans les dix jours, dont il a précisé le moyen dans un mémoire additionnel, déposé au greffe de la Cour de cassation dans le mois du pourvoi.

Concernant la recevabilité du mémoire additionnel, la chambre criminelle, dans le prolongement de décisions ayant rappelé que l'amende encourue par la personne redevable pécuniairement au sens de l'article L. 121-3 du code de la route ne constituait pas une peine (voir ainsi Crim., 15 septembre 2010, pourvoi n° 09-87.326, Bull. crim. 2010, n° 135), déclare irrecevable ce mémoire, reçu à la Cour de cassation plus de dix jours après la date du pourvoi. Elle ne fait qu'appliquer, au cas particulier, les dispositions combinées des articles 584 et 585 du code de procédure pénale.

Concernant la question de la juridiction territorialement compétente pour statuer sur la redevabilité pécuniaire du représentant légal de la société, l'absence d'un dispositif spécifique appelait une

interprétation de l'article 522 du code de procédure pénale, selon lequel est compétent pour juger les contraventions le tribunal de police du lieu de commission ou de constatation de l'infraction, ou celui de la résidence du prévenu.

La circulaire du ministre de la justice NOR : JUSD0430144C du 28 juillet 2004 relative au renforcement de la lutte contre l'insécurité routière (DACG) avait préconisé, « pour une plus grande efficacité et une meilleure cohérence de la politique pénale [...], la [centralisation] [d]es poursuites devant le tribunal de police et la juridiction de proximité du domicile du contrevenant [de manière à permettre ainsi] un accès plus facile au juge et une meilleure connaissance des comportements infractionnistes » (p. 48).

Mais l'absence de toute responsabilité pénale de la personne redevable pécuniairement interdisant de la considérer comme un prévenu pouvant, comme tel, être cité à son domicile, la compétence de la juridiction du lieu de commission ou de constatation des faits était-elle exclusive ?

L'arrêt de la chambre criminelle tranche cette question en énonçant que « La juridiction compétente pour connaître de la redevabilité pécuniaire du représentant légal d'une personne morale est soit celle du lieu de commission ou de constatation de l'infraction, soit la juridiction du lieu du siège social de cette personne morale à la date de la contravention ».

Le rattachement au lieu du siège social de la personne morale présente un intérêt pratique évident en permettant au ministère public de centraliser toutes les poursuites par rapport à la domiciliation du titulaire du certificat d'immatriculation, qu'il soit personne physique ou personne morale, que la responsabilité pénale soit encourue par l'auteur de l'infraction ou que soit mise en œuvre la redevabilité pécuniaire du représentant légal.

Au surplus, la solution retenue ne s'éloigne pas de la démarche du législateur, qui, aux termes du deuxième alinéa, modifié, de l'article 522 du code de procédure pénale, a prévu qu'est également compétent le tribunal de police du siège de l'entreprise détentrice du véhicule en cas de contravention soit aux règles relatives au chargement ou à l'équipement de ce véhicule, soit aux réglementations relatives aux transports terrestres.

Par ailleurs, le maintien de la compétence alternative du lieu de commission ou de constatation de l'infraction laisse, le cas échéant, aux autorités de poursuite la possibilité d'agir lorsque le certificat d'immatriculation révèle un siège social situé hors du territoire de la République.

Il est enfin à noter que l'arrêt de la chambre criminelle prend soin, afin d'éviter d'éventuelles difficultés, de préciser que la juridiction compétente est celle du lieu du siège social de la personne morale à la date de la contravention.

N° 1428

Chambre de l'instruction

Nullités de l'instruction. - Requête du juge d'instruction, du procureur de la République ou de l'une des parties. - Requête de l'une des parties. - Recevabilité. - Délai prévu par l'article 175 du code de procédure pénale. - Personne mise en examen détenue pour autre cause. - Application du délai de trois mois.

Il résulte de l'article 175 du code de procédure pénale que, lorsque l'information lui paraît terminée, le juge d'instruction avise les parties qu'elles peuvent présenter, notamment, des requêtes en annulation d'actes ou pièces de la procédure dans le délai de trois mois ou, si la personne mise en examen est détenue dans le cadre de la procédure, dans le délai d'un mois, à compter de cet avis. À l'expiration de ces délais de forclusion, les parties ne sont plus recevables à présenter de telles requêtes.

Encourt l'annulation, pour excès de pouvoir, l'ordonnance du président de la chambre de l'instruction qui déclare irrecevable une demande d'annulation de pièces de la procédure, au motif

qu'elle a été présentée après l'expiration du délai d'un mois prévu par l'alinéa 4 de l'article 175 du code de procédure pénale, alors que la personne mise en examen n'était pas détenue dans le cadre de l'information en cause et que le délai de trois mois, qui était dès lors seul applicable, n'était pas expiré.

Crim. - 17 juin 2014.

ANNULATION SANS RENVOI

N° 14-81.584. - CA Paris, 8 février 2014.

M. Louvel, Pt. - M. Talabardon, Rap. - M. Mathon, Av. Gén. - M^e Spinosi, Av.

N° 1429

Cour d'assises

Débats. - Lecture. - Lecture du président. - Mention au procès-verbal des débats. - Conformité aux prescriptions de l'article 327 du code de procédure pénale. - Nécessité.

Il doit résulter du procès-verbal des débats que le président de la cour d'assises s'est conformé aux prescriptions de l'article 327 du code de procédure pénale.

Crim. - 18 juin 2014.

REJET ET CASSATION PARTIELLE

N° 13-82.517. - Cour d'assises du Vaucluse, 14 mars 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Castel, Rap. - M. Gauthier, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

N° 1430

Crimes et délits flagrants

Flagrance. - Définition. - Indice apparent d'un comportement délictueux révélant l'existence d'infractions répondant à la définition de l'article 53 du code de procédure pénale. - Constatation préalable par l'officier de police judiciaire. - Nécessité.

Pour pouvoir agir en enquête de flagrance, les officiers de police judiciaire doivent avoir eu connaissance, au préalable, d'indices apparents d'un comportement révélant l'existence d'une infraction en train de se commettre ou qui vient d'être commise.

Justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour rejeter la requête de la personne mise en examen, tendant à l'annulation des contrôles d'identité opérés à l'intérieur de sa propriété par des officiers de police judiciaire, prise de ce que ces derniers, qui agissaient selon la procédure d'enquête préliminaire, ont pénétré dans son domicile sans son consentement et sans titre les y autorisant pour y procéder à des actes coercitifs, déduit des constatations de ces enquêteurs l'existence d'indices apparents d'un comportement délictueux révélant, antérieurement à leur entrée dans la propriété privée, l'existence d'infractions répondant à la définition de l'article 53 du code de procédure pénale.

Crim. - 25 juin 2014.

REJET

N° 14-81.647. - CA Aix-en-Provence, 18 février 2014.

M. Louvel, Pt. - Mme Caron, Rap. - M. Le Baut, Av. Gén. - SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, Av.

N° 1431

Détention provisoire

Demande de mise en liberté. - Déclaration au greffier par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. - Délai imparti à la juridiction pour statuer. - Point de départ. - Réception par le greffier de la déclaration.

Lorsque la déclaration aux fins de mise en liberté, prévue par l'article 148-6, alinéa 3, du code de procédure pénale, n'a pas été adressée directement au greffier de la juridiction compétente pour statuer sur la demande, le délai imparti à cette juridiction pour se prononcer ne court qu'à compter du lendemain du jour où le greffier a attesté avoir reçu ladite déclaration.

Crim. - 3 juin 2014.
IRRECEVABILITÉ ET REJET

N° 14-82.042. - CA Aix-en-Provence, 6 mars 2014.

M. Louvel, Pt. - M. Talabardon, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° **I432**

Détention provisoire

Demande de mise en liberté. - Demande transmise au greffe de la juridiction compétente. - Erreur matérielle sur la désignation du destinataire. - Portée.

Le délai prévu par l'article 148-2, alinéa 2, du code de procédure pénale ne doit pas être considéré comme ayant été dépassé lorsque c'est en raison de mentions erronées quant à la juridiction destinataire que les demandes de mise en liberté formées par le prévenu sont parvenues tardivement à la cour d'appel compétente, qui a statué dans les deux mois de leur réception.

Crim. - 12 juin 2014.
REJET

N° 14-82.233. - CA Paris, 13 mars 2014.

M. Louvel, Pt. - M. Sadot, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° **I433**

1° Douanes

Transfert de capitaux à destination ou en provenance de l'étranger. - Défaut de déclaration. - Confiscation. - Consignation. - Durée. - Expiration. - Restitution de plein droit des sommes saisies (non).

2° Douanes

Transfert de capitaux à destination ou en provenance de l'étranger. - Défaut de déclaration. - Confiscation. - Peine prévue par l'article 465, II, alinéa 2, du code des douanes. - Prononcé. - Conditions. - Détermination.

1° En cas de transfert de capitaux sans déclaration, l'article L. 152-4 du code monétaire et financier, auquel renvoie l'article 465 du code des douanes, n'exige pas que les sommes saisies soient restituées de plein droit à l'expiration de leur durée de consignation.

2° Il résulte de l'article 465, II, alinéa 2, du code des douanes que la confiscation encourue en cas de transfert sans déclaration de capitaux ne peut être prononcée que si, pendant la durée de la consignation, il est établi que l'auteur de l'infraction est ou a été en possession d'objets laissant présumer sa participation passée ou actuelle à la commission d'une infraction au code des douanes ou s'il y a des raisons plausibles de penser qu'il a commis ou participé à la commission d'une telle infraction.

Justifie sa décision l'arrêt qui, pour rejeter la requête en restitution de la somme saisie formée par le prévenu, déclaré coupable de transfert de capitaux sans déclaration, et en prononcer la confiscation, relève qu'il a été constaté, dès le contrôle et la rétention douanière, que la somme d'argent que celui-ci transportait comportait des coupures imprégnées d'héroïne et de cocaïne et en déduit qu'il existe à son encontre des raisons plausibles de penser qu'il a participé, comme auteur ou complice, au délit douanier de contrebande de marchandises prohibées.

Crim. - 25 juin 2014.
REJET

N° 13-81.903. - CA Douai, 4 décembre 2012.

M. Louvel, Pt. - Mme Labrousse, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° **I434**

Droits de la défense

Majeur protégé. - Poursuites, date de l'audience et décisions de condamnation. - Avis au curateur ou au tuteur. - Conditions. - Détermination. - Portée.

Le procureur de la République, lorsqu'il poursuit un majeur protégé en vue de son jugement, en avise le curateur ou le tuteur, ainsi que le juge des tutelles. Il doit faire de même en cas de relâche, d'acquittement, de déclaration d'irresponsabilité ou de condamnation.

Encourt la censure l'arrêt qui, pour écarter le moyen de nullité tiré par le prévenu de l'absence de convocation de sa curatrice aux débats, énonce que les poursuites ont été engagées avant l'entrée en vigueur de l'article 706-113 du code de procédure pénale, issu de la loi du 5 mars 2007, que l'intéressé n'a pas fait connaître qu'il bénéficiait d'une curatelle et qu'en outre, la mesure de remise en état des lieux n'a pas la nature d'une sanction pénale, alors que les réquisitions aux fins de relèvement d'astreinte étaient postérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 et que la mesure de curatelle, ayant été publiée, était nécessairement connue du ministère public.

Crim. - 24 juin 2014.
CASSATION

N° 13-84.364. - CA Grenoble, 6 mai 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Fossier, Rap. - M. Liberge, Av. Gén. - SCP Bénabent et Jehannin, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° **I435**

1° Extradition

Chambre de l'instruction. - Composition. - Interrogatoire. - Indivisibilité avec les débats. - Renvoi de l'affaire à une date ultérieure. - Composition différente de la chambre de l'instruction. - Nouvel interrogatoire. - Nécessité.

2° Extradition

État étranger requérant. - Intervention à l'audience. - Autorisation accordée par la chambre de l'instruction. - Portée. - Dépôt d'un mémoire. - Recevabilité (non).

1° L'interrogatoire prévu par les articles 696-13 et 696-15 du code de procédure pénale étant indivisible des débats, il doit y être procédé par les mêmes juges qui participent à l'audience au fond et au prononcé de la décision.

2° L'État requérant, n'étant pas partie à la procédure d'extradition, n'est pas recevable à déposer un mémoire devant la chambre de l'instruction, aurait-il été autorisé par celle-ci à intervenir à l'audience en application de l'article 696-16 du code de procédure pénale.

Crim. - 9 avril 2014.
CASSATION

N° 14-80.436. - CA Aix-en-Provence, 9 janvier 2014.

M. Louvel, Pt. - Mme Caron, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, M^e Spinosi, Av.

N° 1436

Fichier national automatisé des empreintes génétiques

Refus de se soumettre à un prélèvement biologique. - Délai d'un an à compter de l'exécution de la peine pour effectuer le prélèvement. - Inobservation. - Portée.

Il résulte de l'article 706-56 du code de procédure pénale que le refus de se soumettre au prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification d'une empreinte génétique n'est punissable, lorsqu'il concerne une personne condamnée, que si ce prélèvement est requis dans le délai d'un an à compter de l'exécution de la peine prévu par l'article R. 53-21 dudit code.

Dès lors, ne commet pas le délit prévu par l'article 706-56 du code de procédure pénale la personne qui, condamnée à une peine d'emprisonnement avec sursis, refuse de se soumettre à un prélèvement biologique requis plus d'une année après le jour où sa condamnation est devenue définitive, en l'absence de révocation du sursis.

Crim. - 17 juin 2014.

CASSATION SANS RENVOI

N° 13-80.914. - CA Lyon, 29 novembre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Buisson, Rap. - M. Desportes, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Gazette du Palais, n° 199-200, 18-19 juillet 2014, Jurisprudence, p. 16 à 18, note Stéphane Detraz (« Refus de se soumettre au prélèvement de ses empreintes génétiques »).

82
•

N° 1437

Homicide et blessures involontaires

Faute. - Faute délibérée. - Violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement. - Obligation particulière de prudence ou de sécurité. - Cas.

Les articles R. 232-10 et suivants du code du travail, pris en application des dispositions édictées en vue d'assurer la sécurité des travailleurs, qui imposent, dans les emplacements affectés au travail, d'une part, des mesures de protection collective assurant la pureté de l'air nécessaire à la santé des travailleurs tenant à des modalités particulières de nettoyage, à l'installation de système de ventilation ou d'appareils clos pour certaines opérations, d'autre part, dans le cas où l'exécution de ces mesures serait reconnue impossible, des appareils de protection individuelle appropriés mis à la disposition des travailleurs, caractérisent l'obligation particulière de sécurité prévue par la loi ou le règlement.

Encourt en conséquence la cassation l'arrêt de la chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à suivre contre quiconque des chefs d'homicide et blessures involontaires, retient notamment que ces articles énoncent des mesures générales afin d'assurer la propreté des locaux, et non des mesures particulières afin de protéger les travailleurs du risque de l'amiante.

Crim. - 24 juin 2014.

CASSATION

N° 13-81.302. - CA Paris, 8 février 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme Harel-Dutirou, Rap. - M. Liberge, Av. Gén. - SPC Piwnica et Moliné, M^e Spinosi, Av.

N° 1438

Instruction

Interrogatoire. - Première comparution. - Formalités prévues par les articles 80-2 et 116 du code de procédure pénale. - Notification du droit de se taire (non).

Il résulte de la combinaison des articles 80-2 et 116 du code de procédure pénale que le juge d'instruction peut procéder à l'interrogatoire immédiat de la personne mise en cause sans autre formalité que la notification des faits et de leur qualification, dès lors que la personne a été convoquée en vue de sa première comparution conformément aux prescriptions du premier de ces textes et qu'elle est assistée d'un avocat.

Crim. - 4 juin 2014.

REJET

N° 14-81.120. - CA Bordeaux, 7 novembre 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Moreau, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 1439

Instruction

Partie civile. - Plainte avec constitution. - Consignation. - Modalités. - Chèque. - Date. - Détermination.

La consignation fixée par le juge d'instruction en application de l'article 88 du code de procédure pénale et réglée par chèque est réputée acquittée à la date à laquelle le chèque a été reçu par le régisseur d'avances et de recettes, peu important que son montant ait été porté ultérieurement au crédit du compte de la régie du tribunal.

Justifie dès lors sa décision la chambre de l'instruction qui déclare recevable une plainte avec constitution de partie civile, la consignation à verser avant le 10 septembre 2011 ayant été reçue par chèque le 9 septembre 2011 par le régisseur d'avances et de recettes du tribunal, peu important que celui-ci n'en ait porté le montant au crédit du compte de la régie que le 15 septembre 2011.

Crim. - 17 juin 2014.

REJET

N° 13-82.326. - CA Fort-de-France, 5 mars 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Guérin, Rap. - M. Desportes, Av. Gén. - M^e Bouthors, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 7 juillet 2014, Actualités, n° 786, p. 1338 (« Date effective de la consignation en cas de constitution de partie civile »).

N° 1440

Instruction

Pouvoirs du juge. - Expertise. - Analyse de l'ADN. - Validité. - Conditions. - Détermination.

Sur le fondement de l'article 81 du code de procédure pénale, le juge d'instruction peut prescrire une analyse de l'ADN laissée sur les lieux, tendant exclusivement à révéler les caractères morphologiques apparents de l'auteur inconnu d'un crime, à seule fin de faciliter son identification.

Crim. - 25 juin 2014.

REJET

N° 13-87.493. - CA Lyon, 18 octobre 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme Vannier, Rap. - M. Desportes, Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 27, 7 juillet 2014, Actualités, n° 784, p. 1337 (« Validité de l'expertise génétique révélant l'apparence physique d'un violeur »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 25, 10 juillet 2014, Actualité/droit pénal et procédure pénale, p. 1453 (« Expertise ADN (validité) : recherche des caractères morphologiques apparents »).

Note sous Crim., 25 juin 2014, n° 1440 ci-dessus

Un juge d'instruction instruisant sur des faits de viols multiples, après avoir vainement tenté d'identifier l'agresseur par rapprochement entre l'empreinte génétique établie à partir des traces biologiques trouvées sur les vêtements de certaines victimes et les données contenues au fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), avait ordonné une expertise tendant à l'analyse de ces traces biologiques afin que soient extraites « les données essentielles à partir de l'ADN » et que soient fournis « tous éléments utiles relatifs au caractère morphologique apparent du suspect », ces caractères étant le sexe ainsi que la couleur de la peau, des cheveux et des yeux.

Le juge d'instruction a ensuite saisi, sur le fondement de l'article 170 du code de procédure pénale, la chambre de l'instruction, afin qu'elle se prononce sur la régularité de cette expertise au regard de l'article 16-10 du code civil, lequel, en son premier alinéa, prévoit que « l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique ».

Rappelons que l'article 16-11, alinéa 1, 1°, du même code autorise la recherche de « l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques », notamment « dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ».

La chambre de l'instruction a dit n'y avoir lieu à annulation en retenant que l'analyse de l'ADN effectuée en l'espèce échappait à l'interdiction posée par le code civil, dès lors qu'elle portait « sur du matériel biologique s'étant naturellement détaché du corps ».

Dans l'arrêt ici commenté, la chambre criminelle rejette le pourvoi formé contre cet arrêt en jugeant que la mesure d'expertise critiquée était de celles que le juge d'instruction peut ordonner conformément à la loi, sur le fondement de l'article 81 du code de procédure pénale. Elle considère ainsi que cette mesure ne rentrait dans le champ d'application ni de l'article 16-11 ni de l'article 16-10 du code civil, dès lors qu'elle n'était destinée qu'à fournir des renseignements sur des caractères morphologiques apparents de la personne recherchée et qu'elle avait pour seule fin de permettre son identification.

Ce n'est que dans cette stricte limite que l'exploitation de l'ADN d'une personne non identifiée préserve l'équilibre entre le souci d'efficacité dans la recherche de la preuve des infractions et le respect des libertés individuelles et ne se heurte pas à l'interdit légal.

N° 1441

Intervention

Qualité pour intervenir. - Partie civile. - Cour d'appel. - Partie civile non appelante et déclarée irrecevable en première instance. - Intervention. - Recevabilité (non).

Méconnaît l'article 509 du code de procédure pénale la cour d'appel qui, saisie de l'appel, par le procureur de la République, des seules dispositions pénales d'un jugement de relaxe, accepte, après avoir joint au fond l'incident né de la contestation élevée par le prévenu, d'entendre la partie civile qui, déclarée irrecevable en sa constitution et n'ayant pas interjeté appel de cette décision, prétend comparaître volontairement devant elle, ainsi que son avocat.

Crim. - 18 juin 2014.
CASSATION

N° 13-86.361. - CA Aix-en-Provence, 4 septembre 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Laurent, Rap. - M. Lacan, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 1442

Jugements et arrêts par défaut

Opposition. - Effets. - Mise à néant de la condamnation prononcée. - Limites. - Conclusions régulièrement déposées. - Réponse. - Nécessité.

L'opposition du prévenu à un arrêt rendu par défaut a pour seul effet de rendre non avenues les dispositions de cette décision.

Dès lors, la cour d'appel est tenue de répondre aux conclusions de la partie civile qui avaient été régulièrement déposées devant elle lors des débats ayant donné lieu à l'arrêt rendu par défaut, l'absence de cette partie à l'audience où il est statué sur l'opposition du prévenu ne remettant pas en cause l'existence et la validité de ces conclusions.

Crim. - 25 juin 2014.
REJET

N° 12 -88.329. - CA Dijon, 21 novembre 2012.

M. Louvel, Pt. - M. Straehli, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - M^e Brouchet, SCP Odent et Poulet, Av.

N° 1443

Juridictions correctionnelles

Débats. - Prévenu. - Comparution. - Prévenu non comparant. - Prévenu non représenté. - Conclusions régulièrement déposées à une audience antérieure à l'audience des débats sur le fond. - Recevabilité (oui).

Les conclusions qui ont été régulièrement déposées, au sens de l'article 459 du code de procédure pénale, saisissent la cour d'appel, qui ne peut les déclarer irrecevables au seul motif qu'à l'audience à laquelle l'affaire a été renvoyée, elles n'ont été ni soutenues ni développées oralement, faute par le prévenu d'avoir été présent ou représenté.

L'arrêt attaqué n'encourt cependant pas la censure, les moyens de nullité qui étaient invoqués dans ces conclusions étant irrecevables pour n'avoir pas été soulevés devant le premier juge.

Crim. - 25 juin 2014.
REJET

N° 13-83.072. - CA Rennes, 4 avril 2013.

M. Louvel, Pt. - Mme de la Lance, Rap. - Mme Valdès-Boulouque, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 1444

Peines

Exécution. - Peine privative de liberté. - Période de sûreté. - Durée. - Détention provisoire. - Effets. - Imputation sur la durée de la période de sûreté. - Exécution simultanée de peines d'emprisonnement relatives à des condamnation distinctes. - Absence d'influence.

La période de sûreté, n'étant qu'une modalité d'exécution de la peine privative de liberté qu'elle assortit, court à compter de la mise à exécution de celle-ci.

Si la condamnation qui l'emporte ou la prononce a été précédée d'une détention provisoire, l'entier temps de celle-ci doit s'imputer sur la durée de la période de sûreté, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du temps pendant lequel ont été simultanément exécutées une ou plusieurs condamnations à des peines non assorties d'une période de sûreté.

Crim. - 25 juin 2014.

CASSATION SANS RENVOI

N° 14-81.793. - CA Lyon, 28 février 2014.

M. Louvel, Pt. - M. Beghin, Rap. - M. Boccon-Gibod, P. Av. Gén.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 24, 3 juillet 2014, Actualité/droit pénal et procédure pénale, p. 1379, note M. Léna (« Période de sûreté : computation de la durée en cas de pluralité des peines »).

N° **I445**

Réglementation économique

Concurrence. - Opérations de visite et de saisie. - Déroulement des opérations. - Droits de la société objet de la visite. - Assistance d'un avocat dès le début des opérations.

Dans les procédures fondées sur la violation du droit de la concurrence, l'obligation d'assurer l'exercice des droits de la défense doit être respectée dès le stade de l'enquête préalable.

Les opérations de visite et saisie effectuées en application de l'article L. 450-4 du code de commerce doivent être annulées, dès lors qu'il a été fait obstacle à la présence des avocats appelés à y assister.

Crim. - 25 juin 2014.

CASSATION SANS RENVOI

N° 13-81.471. - CA Paris, 12 février 2013.

M. Louvel, Pt. - M. Soulard, Rap. - M. Bonnet, Av. Gén. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, M^e Ricard, Av.

Les arrêts de la chambre criminelle des 21 mai 2014 (pourvoi n° 13-83.758), 4 juin 2014 (pourvois n° 14-81.097 et 14-80.544) et 18 juin 2014 (pourvoi n° 13-87.951) paraîtront ultérieurement.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Direction de l'information légale et administrative, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **151,60 €²**
- Abonnement annuel outre-mer : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (si déjà abonné à une autre édition) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2014, frais de port inclus.



191148110-001114

Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Jean-Paul Jean

Reproduction sans autorisation interdite
-Copyright Service de documentation et d'études
Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :
<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix TTC : 9,10 €
ISSN 0750-3865



Diffusion
Direction de l'information
légale et administrative
Les éditions des *Journaux officiels*
tél. : 01 40 15 70 10
www.ladocumentationfrancaise.fr