

RAPPORT DE Mme SOMMÉ, CONSEILLER

Arrêt n° 965 du 7 juillet 2021 - Chambre sociale

Pourvoi n° 20-16.206

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

Mme X... Y...

C/

les établissements Régie autonome des transports parisiens

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme Y... a été engagée le 25 septembre 2006 par la RATP en qualité de stagiaire, au sens du statut du personnel, pour exercer une mission de quatre mois au sein de la cellule de contrôle de la mesure, puis à compter du 5 février 2007 en tant qu'animateur agent mobile au sein d'une unité opérationnelle du département. Son admission définitive dans le cadre permanent de la RATP était subordonnée à son assermentation.

Le 5 septembre 2007, la RATP lui a fait parvenir une convocation devant le tribunal de grande instance de Paris, pour l'audience du 28 septembre suivant, en vue de son assermentation en application de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer.

A l'audience du 28 septembre 2007, le président du tribunal de grande instance a fait acter au procès-verbal que Mme Y... « indique au tribunal que sa religion (chrétienne) lui interdit de prêter le serment prévu par la loi. Serment n'a donc pas été prêté ».

Par lettre du 12 novembre 2007, Mme Y... a été licenciée aux motifs suivants :
« Pendant la période où vous avez été employée au sein de l'unité opérationnelle Lignes 7 et 7 bis, nous avons eu à déplorer de votre part les faits fautifs suivants :

Le 28 septembre 2007, lors de l'audience de prestation de serment de la première Chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris, vous refusez de prêter, devant le juge, le serment prévu par la loi.

En conséquence, vous ne pouvez obtenir votre assermentation.

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

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

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

Nous vous dispensons d'effectuer votre préavis de licenciement.

[...] ».

Soutenant qu'elle avait refusé de prononcer la formule habituelle de serment en raison de ses convictions religieuses et qu'elle avait proposé une autre formule, conformément à sa religion chrétienne, ce que le président du tribunal avait refusé, Mme Y... a saisi le conseil de prud'hommes de Paris, le 16 décembre 2011, de demandes en paiement à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de dommages-intérêts pour préjudice moral.

Elle a été déboutée de toutes ses demandes par jugement du 4 février 2014.

Par arrêt du 21 janvier 2015, la cour d'appel de Paris, devant laquelle Mme Y... a réitéré les mêmes prétentions, a confirmé le jugement en toutes ses dispositions.

A l'occasion du pourvoi qu'elle a formé contre cette décision, Mme Y... a présenté une question prioritaire de constitutionnalité incidente, rédigée en ces termes :

« L'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 tel qu'interprété par la cour d'appel de Paris, en ce qu'il prévoit que seuls les agents agréés par l'administration et ayant prêté serment devant le tribunal de grande instance de leur domicile peuvent constater certaines infractions à la police des chemins de fer, n'est-il pas contraire au principe constitutionnel de laïcité dès lors qu'il n'autorise pas que l'agent, plutôt que de procéder au serment habituel, effectue une affirmation solennelle de même contenu ? ».

Par arrêt du 16 juillet 2016 (pourvoi n° 16-10.459, Bull. V, n° 155), la chambre sociale de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer cette question prioritaire de constitutionnalité, aux motifs « *d'une part, que la question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle* », « *d'autre part que la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative, sous la réserve que cette jurisprudence ait été soumise à la cour suprême compétente ; qu'il n'existe pas d'interprétation jurisprudentielle constante de la Cour de cassation selon laquelle le serment prévu à l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer ne pourrait être prêté au moyen d'une promesse solennelle ou suivant les formes en usage dans la religion de l'agent* ».

Puis, par arrêt du 1^{er} février 2017 (pourvoi n° 16-10.459, Bull. V, n° 18), la chambre sociale a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris, au visa de l'article 9 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 1132-1 du code du travail, aux motifs suivants : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer que le serment des agents de surveillance*

exerçant au sein des entreprises visées par cette disposition peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion ; qu'il s'ensuit que la salariée n'avait commis aucune faute en proposant une telle formule et que le licenciement prononcé en raison des convictions religieuses de la salariée était nul, la cour d'appel violé les textes susvisés ».

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

Par arrêt du 24 janvier 2019, la cour d'appel de renvoi, devant laquelle Mme Y..., modifiant ses prétentions, a demandé l'infirmité du jugement déféré, sa réintégration au sein de la RATP et la condamnation de celle-ci au paiement de diverses sommes à titre de rappel de salaire à parfaire pour la période entre son licenciement et sa réintégration et de dommages-intérêts en réparation de son préjudice moral, a déclaré recevable la demande de réintégration, a confirmé le jugement en toutes ses dispositions et a débouté la salariée de l'intégralité de ses demandes.

Après avoir obtenu l'aide juridictionnelle totale - sollicitée le 25 avril 2019 - suivant décision du bureau d'aide juridictionnelle du 16 mars 2020, notifiée le 25 mai 2020, Mme Y... a formé un pourvoi par déclaration du 5 juin 2020 et a déposé un mémoire ampliatif le 9 juillet 2020. La RATP a déposé un mémoire en défense le 9 septembre 2020. Aucune demande n'a été formée au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

2 - Analyse du moyen

Mme Y... reproche à l'arrêt de la débouter de toutes ses demandes dirigées contre la RATP, alors :

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

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- prestation de serment - caractère laïc ou religieux de la formule juratoire au regard du principe de laïcité et de la liberté religieuse
 - conséquences de la reconnaissance éventuelle de la légitimité du refus de la salariée de prononcer la formule juratoire sur la validité du licenciement prononcé pour faute, au motif du refus de prêter serment et de l'absence consécutive d'assermentation, en application de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer
-

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Observations préalables

Le défendeur au pourvoi affirme que la critique du moyen repose sur un postulat factuel non établi, selon lequel Mme Y... aurait proposé une formule de serment alternative qui lui aurait été refusée par l'autorité judiciaire, ce qui ne ressortirait ni des constatations des juges du fond, ni du procès-verbal d'audience. Il est soutenu en outre qu'à la lecture de ce procès-verbal, on ignore si la salariée a refusé la prestation de serment en son principe même ou si elle a souhaité, comme elle le prétend, prêter serment selon une formule alternative (cf. MD., p. 20 et 21).

Dans son mémoire ampliatif présenté à l'appui du premier pourvoi (n° 16-10.459), Mme Y... a soutenu que lors de l'audience d'assermentation du 28 septembre 2007, elle s'était engagée à faire la déclaration suivante : « *J'acquiesce vos propos quant à mes devoirs de fidélité et de probité concernant mes activités au sein de la RATP. Toutefois mes croyances religieuses m'interdisant de lever la main droite et de jurer, je suis en revanche autorisée à faire une affirmation solennelle de la même substance dans laquelle je m'engage à respecter la réglementation et la législation liée à mes fonctions professionnelles et de témoigner de la vérité et de parler sans haine et sans crainte* ».

S'agissant de la réalité de l'existence même d'une proposition alternative de prestation de serment, les constatations des juges du fond sont les suivantes :

- le conseil de prud'hommes a seulement relevé, dans la partie du jugement reprenant l'argumentation de la salariée (p. 3), qu'« *au cours de la cérémonie d'assermentation, Mme Y... fit part au juge, en lieu et place de son habituel cérémonial d'assermentation, de son engagement par une affirmation solennelle de fidélité et de probité, conformément au principe de laïcité, en raison de ses croyances religieuses* »;
- l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 janvier 2015) relève, dans le rappel des faits, (p. 2) que « *La salariée qui entendait apporter des modifications aux termes de la formule de serment qui lui étaient soumises, n'a pas été assermentée par le tribunal* » et retient, dans ses motifs (p. 4), que « *l'employeur n'avait ... pas à entrer dans le débat de savoir si la formule que proposait la salariée en remplacement de celle qu'entendait lui imposer le juge pour recevoir son assermentation aurait dû ... être acceptée par celui-ci, ou si elle contenait ou non toute la substance du serment prévu par la loi* » ;
- l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 janvier 2019, cour de renvoi, après avoir relevé que l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 ne comporte aucune formule de serment, retient (p. 5) que « *si les parties ne précisent pas le texte de la prestation de serment en cause, il ressort de leurs écritures qu'elle contenait la formule suivante "je le jure"* » et que « *l'employeur n'ignorait pas que l'absence de prestation de serment résultait du refus opposé par le magistrat du tribunal de grande instance à la formule proposée par Mme Y... eu égard à ses convictions religieuses afin de ne pas prononcer la formule juratoire (procès-verbal du président du tribunal de grande instance et compte-rendu de l'entretien préalable)* ».

S'agissant du contenu de cette formule alternative, le procès-verbal dressé lors de l'audience d'assermentation du 28 septembre 2007 précise seulement que Mme Y... « *indique au tribunal que sa religion (chrétienne) lui interdit de prêter le serment prévu par la loi. Serment n'a donc pas été prêté* » et aucune des décisions des juges du fond ne comporte de précisions sur ce point.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le contenu de la formule qu'aurait proposée Mme Y... n'est étayé ni par les pièces du dossier, ni par les constatations des juges du fond. Mais

il n'est pas discutable, au vu particulièrement des énonciations de l'arrêt de la cour d'appel de renvoi, que **les juges du fond ont bien constaté que Mme Y... avait refusé, non pas de prêter serment, mais de prononcer la formule juratoire qui lui était demandée.**

4.1. prestation de serment - caractère laïc ou religieux de la formule juratoire au regard du principe de laïcité et de la liberté religieuse

4.1.1. Notre droit distingue encore aujourd'hui deux types de serment :

- le serment probatoire, que l'on définit comme une déclaration solennelle et formaliste par laquelle un plaideur affirme en justice la véracité d'un fait qui lui est favorable ; le serment probatoire est soit décisoire, c'est celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause, soit supplétoire, c'est celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties (articles 1384 et suivants du code civil dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016);

- le serment promissoire, qui est un engagement solennel pris par une personne devant le juge : il recouvre le serment professionnel, par lequel une personne, avant sa prise de fonction, s'engage à remplir les devoirs de celle-ci, et aussi le serment de particuliers qui s'engagent à accomplir une mission ou un acte déterminé selon les règles propres à cette mission ou à cet acte (notamment les jurés et les témoins).

Comme le rappelle le dictionnaire Larousse, le mot serment vient du « *latin sacramentum, de sacrare, rendre sacré* ». Le même dictionnaire définit ainsi le serment: « *Affirmation solennelle de quelqu'un en vue d'attester la vérité d'un fait, la sincérité d'une promesse, l'engagement de bien remplir les devoirs de sa fonction* ». Au-delà de l'étymologie du mot, on trouve d'autres définitions faisant plus directement référence au sacré et à la religion, ainsi le dictionnaire Le Robert : « *Affirmation ou promesse solennelle faite en invoquant un être ou un objet sacré, une valeur morale reconnue* », ou encore le dictionnaire de l'Académie française : « *Affirmation ou promesse faite en attestant Dieu, un être ou un objet sacré* ».

Quant au mot jurer, sa définition, en rapport avec le serment, est la suivante :

- dans le dictionnaire Larousse :

« *Prononcer solennellement un serment en prenant à témoin, en engageant un être ou une chose que l'on tient pour sacré : Il jure sur la tête de ses enfants qu'il est innocent* »;

- dans le dictionnaire Le Robert :

« *Promettre (qqch.) solennellement (serment). Jurer fidélité, obéissance à qqn. — Jurer de faire qqch. s'engager à [...]* »;

- et dans le dictionnaire de l'Académie française (9^{ème} édition) :

« *1. Prendre solennellement à témoin Dieu, ou une personne, une chose qu'on juge sacrée ; attester. Dieu en vain tu ne jureras. Il jure son Dieu, sa foi que... S'employait parfois en mauvaise part pour Blasphémer. Il ne fait que jurer le nom de Dieu.*

Expr. fam. Jurer ses grands dieux que, affirmer avec solennité que.

2. Affirmer ou prendre l'engagement par serment. Jurer fidélité, jurer obéissance à quelqu'un. Je le jure. Il a juré qu'il dirait la vérité ou, intransitivement, de dire la vérité ».

La subsistance de cette dimension religieuse du serment et de la formule juratoire trouve son origine dans l'histoire du serment en France.

Robert Jacob¹ souligne la parenté entre les modes de règlement des litiges qu'étaient au Moyen Age le serment et l'ordalie, la seconde désignant le jugement de Dieu au terme d'une

¹ « *La grâce des juges : l'institution judiciaire et le sacré en Occident* », éd. PUF 2014, p. 12 et 13

épreuve judiciaire, notamment par l'eau ou le feu, employée jusqu'au XIII^e siècle, et relève que « le serment [...] décisive, celui qui permet de gagner un procès sur sa seule parole à condition qu'elle soit proférée à certaines conditions de solennité lui a survécu [...] ». C'est le mode de preuve parfait, qui s'impose au juge, dont la motivation doit tenir pour établis les faits sur lesquels le serment a porté. Mais « contrairement à l'ordalie, le serment n'a pas pour unique usage la résolution des litiges » ; ainsi, le serment promissoire est « le serment que le jureur prête sur son comportement futur. Il souscrit à un engagement. C'est le cas, dans les serments de la procédure, au moins telle qu'elle se développe en Occident à partir des XI^e et XIII^e siècles, du serment des témoins, qui avant de témoigner jurent de dire toute la vérité, ou encore de celui des jurés, qui promettent avant de juger qu'ils le feront selon leur conscience ».

Gérard Khénaffou², se référant à Robert Jacob³, rappelle qu'au milieu du Moyen Age, « le serment évolue sensiblement dans la mesure où il ne clôt plus le procès, mais se place à son ouverture. C'est le serment du témoin, du juge lorsqu'il entre en charge, et des jurés prononçant le verdict. La vérité judiciaire n'est plus ce qui s'affirme sous la caution de Dieu, c'est ce que l'on promet avec l'aide de Dieu. Le serment cesse d'être la parole décisive qui clôt par elle-même le litige. Il est l'acte fondateur de la fonction de juger ».

Le serment est encore qualifié de « vestige religieux dans une justice laïque » par Elise Untermaier-Kerleo⁴. Citant également Robert Jacob⁵, elle souligne que « Le serment fait partie de cette " forêt de symboles " qui caractérise, aujourd'hui encore, le décor et les rites de la Justice, au même titre que l'enclume de boiserie, présente dans de nombreuses salles de tribunal, démarque, comme au Moyen Age, le lieu de l'espace judiciaire, à l'intérieur duquel toute violence est prohibée, ou encore, le rouge du costume des magistrats judiciaires, lequel, évoquant le manteau que portait le roi au moment du sacre, est devenu le signe de la Justice souveraine. Le serment est un rite, qui symbolise l'engagement de respecter les devoirs inhérents à certaines fonctions ou missions, ou celui de dire la vérité [...]. Marqué par ses origines religieuses, le serment reste communément perçu comme un engagement fait sous le regard divin. Pourtant, le serment occupe une place encore importante dans le monde de la Justice étatique, service public soumis aux principes de laïcité et de neutralité ».

Dans son commentaire de l'arrêt de notre chambre du 1^{er} février 2017, rendu dans la présente affaire opposant Mme Y... à la RATP, Vincente Fortier⁶ note qu'« Initialement, l'engagement requis de la personne par la voie du serment était un acte d'essence religieuse : l'affirmation (serment attestatoire) ou la promesse (serment promissoire) faite en prenant Dieu à témoin ou ce que l'on regarde comme sacré (11. V. notamment, Verdier R. (dir.), *Le serment, théories et devenir*, Paris, Éd. CNRS, 1991). Pothier le définissait comme " l'acte par lequel une personne

²Magistrat honoraire et avocat honoraire « *L'origine religieuse des symboles de la Justice* », contribution dans le rapport de recherche « La laïcité dans la justice », Mission de recherche droit et justice, oct. 2019, p. 40 à 42)

³Op cit, p. 250

⁴maître de conférences de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3, contribution dans le rapport de recherche « *La laïcité dans la justice* », Mission de recherche droit et justice, oct. 2019, p. 47 à 61

⁵« *Symbolique de la Justice et du droit* » in Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. Alland et S. Rias, p. 1460 et 1461

⁶directeur de recherche CNRS sociologie et sciences du droit, université de Strasbourg, in « *Les mots pour le dire : jurer ou ne pas jurer telle est la question* », Revue du droit des religions, 4/2017

déclare qu'elle se soumet à la vengeance de Dieu et renonce à sa miséricorde si elle n'accomplit pas ce qu'elle a promis" (12. Pothier R. J., *Traité des obligations*, Paris-Orléans, 1770, n° 103). L'invocation et l'imprécation constituaient l'essence du serment, virtuellement contenues dans ces mots : " Je le jure " (13. V. sur ce point, Dalloz, *jurispr. gén.*, V° Serment, n° 21 et 22). [...]. Il résultait de cette essence religieuse du serment l'impossibilité pour les jurés athées d'invoquer leur incroyance pour s'en dispenser [...]. V. Fortier rappelle ainsi que lorsque les jurés refusaient de prêter le serment légal qui leur imposait de jurer et de promettre « devant Dieu et devant les hommes d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées ... », ils « s'exposaient aux sanctions pénales frappant le défaillant sans raison légitime et étaient effectivement condamnés (17. Cass. crim., 13 févr. 1886, précit. ; C. assises Marne, 17 juill. 1899, précit. ; C. assises Seine-inférieure, 16 mai 1892, DP 1899, 2, 340 [...]) ».

L'historienne Jacqueline Lalouette⁷ souligne également que « La parenté lexicale entre les mots sacrement et serment est dûment établie : serment dérive de sacrement ... Pendant longtemps, loin de rester à l'étymologie, cette parenté pesa fortement sur l'essence du serment, considéré comme " un acte religieux que l'autorité civile exige[ait] comme garantie des promesses ou des déclarations " faites devant la justice (abbé J.-H.-R. Prompsaluté, *Dictionnaire raisonné de droit et de jurisprudence en matière civile et ecclésiastique*, tome 3, Paris, aux ateliers catholiques du petit-Montrouge, 1849 p. 656) ». Elle relève que « la nature religieuse du serment fût maintes et maintes fois rappelée tout au long du XIXe siècle » au cours des débats parlementaires relatifs aux projets successifs de suppression de la référence à la divinité dans le serment des jurés d'assises et qu'il fallut attendre la loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 pour que les mots « devant Dieu et devant les hommes » disparaissent de la formule du serment prévu par l'article 304 du code de procédure pénale.

Plus généralement les différentes formules sacramentelles ont été peu à peu expurgées de toute référence à la divinité ou à la religion, et ce parfois très récemment. Ainsi en est-il du serment des magistrats judiciaires, qui contenait, avant la suppression de cet adverbe par la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016, l'engagement de garder « religieusement » le secret des délibérations⁸.

4.1.2. Cette évolution résulte de la séparation des Eglises et de l'Etat et du principe de laïcité.

La loi du 9 décembre 1905 « concernant la séparation des Eglises et de l'Etat » est venue interdire, dans son article 8, « à l'avenir, d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des églises servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires ainsi que des musées ou expositions », ce qui a entraîné l'interdiction

⁷ « la difficile laïcisation du serment judiciaire », Armand Colin revue *Romantisme* 2013-4, p. 45 à 57

⁸

Ce qui a fait cependant débat. En effet, si le rapporteur du projet de la loi organique faisait valoir que « Contrairement aux Etats-Unis, où les futurs magistrats invoquent l'aide de Dieu durant leur serment, il s'agit d'un serment laïc, et non d'un serment religieusement prêté. Les magistrats français ne prêtent d'ailleurs pas serment sur la Bible ou tout autre texte religieux », G. Khenaffou (op. cit) note que l'Union syndicale des magistrats s'est opposée à cette modification, en s'étonnant de « la suppression d'un adverbe dont la définition, dans un contexte qui ne comporte aucune référence religieuse, est "scrupuleusement, exactement" (cf. *Dictionnaire Larousse*). Est-ce à dire que le Sénat entend que le secret des délibérations ne soit plus gardé avec la même exigence ? » (Union syndicale des magistrats, « Loi organique du 8 août 2016 : les principales modifications », *Le nouveau pouvoir judiciaire*, septembre 2016, p. 6)

de tout signe religieux dans les juridictions françaises, lieux d'exercice du service public de la justice.

En vertu de l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».

Le principe de laïcité a été inscrit à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution du 13 mai 1958 : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances [...]* ».

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative au régime des cultes en Alsace-Lorraine, a déduit de l'article 10 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 1^{er} de la Constitution que « *le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ; qu'il en résulte la neutralité de l'Etat ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte* » (décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, pt. 5).

En application du principe de laïcité, en France, le serment n'est plus prêté sur la Bible, à l'inverse par exemple de ce qui se pratique notamment aux Etats-Unis.

Le principe de laïcité a pour corollaire l'obligation de neutralité des agents de l'Etat et des agents privés investis d'une mission de service public, qui leur interdit de manifester leur appartenance religieuse dans l'exercice de leurs fonctions (voir pour une application de ce principe par notre chambre au cas du licenciement d'une salariée d'une caisse primaire d'assurance maladie, licenciée au motif de son refus d'ôter le voile islamique, Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-11.690, Bull. V, n° 76 : « *Les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé. Si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires* »).

4.1.3. La plupart des serments comportent la formule préliminaire « je jure » ou « je le jure ». Il en est ainsi, sans que cette liste soit exhaustive, du serment des magistrats (art. 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature), des auditeurs de justice (art. 20 de la même ordonnance), des juges consulaires (art. L. 722-7 du code de commerce), des conseillers prud'hommes (art. D. 1442-13 du code du travail), des membres nommés du Conseil constitutionnel (art. 3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel), des juges parlementaires à la Cour de justice de la République (art. 2 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993), des administrateurs et mandataires judiciaires (art. R. 814-52 du code de commerce), des avocats (art. 3 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971), des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (art. 31 du décret n° 91-1125 du 28 octobre 1991), des directeurs et greffiers des services de greffe judiciaires (art. 22 du décret n° 2015-1273 du 13 octobre 2015 portant statut particulier du corps des directeurs des services de greffe judiciaires et 24 du décret n° 2015-1275 du 13 octobre 2015 portant statut particulier des greffiers des services judiciaires), des greffiers des tribunaux de commerce (art. R. 742-31 du code de

commerce), des huissiers de justice (art. 35 du décret n° 75- 770 du 14 août 1975), des notaires (art. 57 du décret n°73- 609 du 5 juillet 1973 relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire), des officiers et sous-officiers de gendarmerie (art. 3 décret n° 2013-874 du 27 septembre 2013 relatif à la prestation de serment des militaires de la gendarmerie nationale), du personnel de l'administration pénitentiaire (art. 14 du décret n° 2010-1711 du 30 décembre 2010 portant code de déontologie du service public pénitentiaire) et des jurés d'assises (art. 304 du code de procédure pénale).

Mais parfois les textes ne prévoient pas la formule juratoire. Tel est le cas pour le serment des magistrats de la Cour des comptes (art. L. 120-3 du code des juridictions financières⁹), des magistrats des chambres régionales des comptes (art. L. 220-4 du code des juridictions financières¹⁰), des experts judiciaires (art. 6 de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires¹¹), des experts auprès des juridictions administratives (art. R. 621-3 du code de justice administrative¹²), des témoins (art. 331 du code de procédure pénale¹³), des interprètes (art. 344 du code de procédure pénale¹⁴), ou encore des personnels de La Poste (art. 2 du décret n°93-1229 du 10 novembre 1993 relatif au serment professionnel prêté par les personnels de La Poste¹⁵).

⁹ « Tout magistrat de la Cour des comptes, lors de sa nomination dans le corps, prête serment publiquement devant la Cour réunie en audience solennelle, sur réquisition du procureur général, de bien et fidèlement remplir ses fonctions, de garder le secret des délibérations et de se comporter en tout comme un digne et loyal magistrat ».

¹⁰ « Tout magistrat des chambres régionales des comptes, lors de sa nomination à son premier emploi dans une chambre régionale, prête serment, avant d'entrer en fonctions, de remplir bien et fidèlement ses fonctions, de garder le secret des délibérations et de se comporter en tout comme un digne et loyal magistrat ».

¹¹ « Lors de leur inscription initiale sur une liste dressée par une cour d'appel, les experts prêtent serment, devant la cour d'appel du lieu où ils demeurent, d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience »

¹² « [...] Par le serment, l'expert s'engage à accomplir sa mission avec conscience, objectivité, impartialité et diligence »

¹³ « [...] Avant de commencer leur déposition, les témoins prêtent le serment " de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité " »

¹⁴ « Dans le cas où l'accusé, la partie civile, les témoins ou l'un d'eux ne parlent pas suffisamment la langue française ou s'il est nécessaire de traduire un document versé aux débats, le président nomme d'office un interprète âgé de vingt et un ans au moins, et lui fait prêter serment d'apporter son concours à la justice en son honneur et en sa conscience »

¹⁵ « Le serment professionnel fait l'objet d'un engagement signé par l'agent, qui revêt la forme suivante :

" Je fais le serment de remplir avec conscience les fonctions qui me seront confiées.

" Je m'engage à respecter scrupuleusement l'intégrité des objets déposés par les usagers et le secret dû aux correspondances, aux informations concernant la vie privée dont j'aurai connaissance dans l'exécution de mon service.

" Je m'engage à exécuter avec probité les opérations financières confiées à La Poste.

" Je m'engage également à signaler à mes responsables hiérarchiques toute infraction aux lois et règlements régissant La Poste. " »

Plus rarement, pour certains agents amenés dans le cadre de leurs fonctions à constater des infractions par procès-verbaux, les dispositions qui leur sont applicables prévoient qu'ils doivent être assermentés, mais sans donner aucune précision sur le contenu du serment.

On peut citer à cet égard les policiers municipaux (art. L. 511-2 du code de la sécurité intérieure¹⁶) et les gardes champêtres (art. L. 522-1 du même code¹⁷).

Il en est de même, des agents de la RATP exerçant des missions de contrôle, fonctions auxquelles Mme Y... a été admise et dont l'exercice est subordonné à une assermentation, laquelle était prévue, à la date du litige, par l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer.

Au préalable, il n'est pas discuté que ce texte est bien applicable en l'espèce dans la mesure où, conformément à l'article 9 de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010, le troisième alinéa (prévoyant l'assermentation) de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845, abrogé par l'article 7 de ladite ordonnance, a été maintenu en vigueur jusqu'à la publication des dispositions réglementaires du code des transports, laquelle n'est intervenue que par un décret n° 2019-726 du 9 juillet 2019¹⁸. Or Mme Y... a été convoquée pour prêter serment à l'audience du 28 septembre 2007.

L'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 dispose :

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

¹⁶ Les agents de police municipale « sont nommés par le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale, agréés par le représentant de l'État dans le département et le procureur de la République, puis assermentés »

¹⁷ « Les gardes champêtres sont nommés par le maire, agréés par le procureur de la République et assermentés ».

¹⁸ On relèvera que les dispositions réglementaires instituées par ce décret ne prévoient pas davantage la formule de la prestation de serment :

art. R. 2241-1 (contenu dans la section « Section 1 : Agents assermentés de la police des transports (Articles R2241-1 à R2241-3) ») :

« Les agents mentionnés aux 1° et 2° du I de l'article L. 2241-1 prêtent serment devant le tribunal de grande instance de leur domicile ou de leur résidence administrative.

Les agents mentionnés aux 3° à 5° du I de l'article L. 2241-1 prêtent serment devant le tribunal de grande instance de leur domicile ou du siège social de l'entreprise qui les emploie ».

Les agents de la RATP sont visés à l'article L. 2241-1 I 5° du code des transports :

« I.-Sont chargés de constater par procès-verbaux les infractions aux dispositions du présent titre, les contraventions prévues à l'article 621-1 du code pénal ainsi que les contraventions prévues par les règlements relatifs à la police ou à la sûreté du transport et à la sécurité de l'exploitation des systèmes de transport ferroviaire ou guidé, outre les officiers et les agents de police judiciaire :

[...]

5° Les agents assermentés missionnés des services internes de sécurité de la SNCF et de la Régie autonome des transports parisiens ; »

fausse identité auprès des agents assermentés mentionnés au présent article est punie de 3 750 euros d'amende.

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

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

Les contraventions aux dispositions des arrêtés préfectoraux concernant la circulation, l'arrêt et le stationnement des véhicules dans les cours des gares pourront être constatées également par les gendarmes n'ayant pas la qualité d'officier de police judiciaire, les inspecteurs, commandants, officiers, gradés, sous-brigadiers et gardiens de la paix de la police nationale, les gradés et gardiens de police municipale et les gardes champêtres.

En outre, les auxiliaires contractuels de police seront habilités à relever les contraventions aux dispositions concernant l'arrêt et le stationnement.

En ce qui concerne les poursuites, l'amende forfaitaire, l'amende pénale fixe, la responsabilité pécuniaire, l'immobilisation, l'enlèvement et la mise en fourrière des véhicules, il sera procédé comme pour les infractions commises sur les voies ouvertes à la circulation publique.

II. - Outre les pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 529-4 du code de procédure pénale, les agents mentionnés au I sont habilités à relever l'identité des auteurs d'infractions mentionnées audit I pour l'établissement des procès-verbaux y afférents.

Si le contrevenant refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier de son identité, les agents de l'exploitant en avisent sans délai et par tout moyen un officier de police judiciaire territorialement compétent. Sur l'ordre de ce dernier, les agents de l'exploitant peuvent être autorisés à retenir l'auteur de l'infraction le temps strictement nécessaire à l'arrivée de l'officier de police judiciaire ou, le cas échéant, à le conduire sur-le-champ devant lui.

Lorsque l'officier de police judiciaire décide de procéder à une vérification d'identité, dans les conditions prévues à l'article 78-3 du code de procédure pénale, le délai prévu au troisième alinéa de cet article court à compter du relevé d'identité ».

S'il est acquis aux débats que lors de l'audience de prestation de serment le président d'audience a demandé à Mme Y... de prononcer les mots « je le jure », le contenu même du serment que devait prêter celle-ci n'est pas connu ou à tout le moins ne ressort pas des constatations des juges du fond.

On peut seulement se référer sur ce point aux conclusions des parties.

S'agissant de la RATP, ses conclusions devant la cour de renvoi ne comportent aucune précision sur ce point.

Quant à Mme Y..., elle a affirmé que « le 17 septembre 2007 elle s'est rendue auprès de M. Z..., juriste au sein du syndicat autonome des transports à la RATP afin de l'entretenir au sujet du cérémonial d'assermentation et ainsi se prémunir de tout éventuel malentendu qui pourrait survenir au cours de la cérémonie d'assermentation. M. Z... a alors confirmé et rassuré Mme Y... de son droit à l'emploi d'une affirmation solennelle [...] au lieu et place du discours dicté par défaut, tout en rajoutant que cette situation s'était déjà présentée avec d'autres agents de la RATP, sans qu'il y ait eu d'incident à déplorer [...]. Au cours de la cérémonie d'assermentation

Mme Y... a fait part au président du tribunal qu'au lieu et place du cérémonial habituel elle souhaitait exprimer son engagement par une affirmation solennelle de fidélité et de probité, conformément au principe de laïcité et à ses convictions religieuses. Toutefois, avant d'avoir pu terminer son affirmation solennelle, le président du tribunal a interrompu Mme Y..., l'informant qu' " il faut choisir entre prêter serment ou quitter la RATP ". [II] a poursuivi et demandé à Mme Y... de lui faire connaître sa religion. Mme Y... [...] s'est vu contrainte de faire part de ses convictions religieuses » (cf. conclusions devant la cour d'appel de renvoi, p. 2 et 3). La salariée a en outre fait valoir qu'elle « pouvait parfaitement déclarer le jour de l'assermentation : " J'acquiesce vos propos quant à mes devoirs de fidélité et de probité concernant mes activités au sein de la RATP. Toutefois mes croyances religieuses m'interdisant de lever la main droite et de jurer, je suis en revanche autorisée à faire une affirmation solennelle de la même substance dans laquelle je m'engage à respecter la réglementation et la législation liée à mes fonctions professionnelles et de témoigner de la vérité, et de parler sans haine et sans crainte " » (cf. conclusions, p. 8).

4.1.4. Comme le rappelle le doyen Jean-Guy Huglo dans son rapport sous l'arrêt de notre chambre du 1^{er} février 2017, la Cour de cassation admet depuis longue date que les témoins puissent prêter serment selon les formes en usage dans leur religion, et particulièrement qu'ils substituent à la formule juratoire un engagement solennel.

Ainsi, a pu être considérée comme un véritable serment suivant les principes de sa religion, l'affirmation faite par un quaker en son âme et conscience (Cass. req., 28 mars 1810, Dalloz, jurispr. gén., V^o Serment, n^o 24 : « La liberté des cultes est garantie par les lois de l'Empire à tous ceux qui habitent son territoire ; il est universellement reconnu que la religion connue sous le nom de quakérisme interdit à ses sectateurs de jurer au nom de Dieu et ne leur permet pas de prêter d'autre serment que d'affirmer en leur âme et conscience »).

Voir également à propos des anabaptistes :

* Crim., 8 mars 1924, Bull. Crim, n^o 117

*Attendu qu'il est constaté au procès-verbal des débats que l'un des témoins cités, de religion anabaptiste, a refusé de prêter le serment prescrit par l'article 317 du code d'instruction criminelle, pour le motif que sa religion ne le lui permettait pas, mais **qu'il a fait la promesse solennelle, suivant les rites et formes en usage dans sa religion, de parler sans haine et sans crainte et de dire toute la vérité, rien que la vérité ; qu'il a ainsi été satisfait aux prescriptions de l'article 317 visé au moyen ;***

Cette jurisprudence de la chambre criminelle a été maintenue après l'entrée en vigueur de l'article 331 du code de procédure pénale, s'agissant des personnes de confession juive ou chrétienne :

* Crim., 6 mai 1987, pourvoi n^o 86-95.871, Bull. crim, n^o 182

Attendu que le procès-verbal des débats mentionne que trois témoins ont, après lecture de la formule du serment par le président, déclaré qu'ils refusaient de "jurer et de lever la main droite, leur religion israélite le leur interdisant " ; qu'ils se sont engagés et ont promis " de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité rien que la vérité, forme qu'ils ont dit être celle du serment autorisé par leur religion " ;

Attendu que l'engagement ainsi pris par les témoins , contenant toute la substance du serment prescrit par l'article 331 du Code de procédure pénale, il a été satisfait, en l'espèce, aux exigences de ce texte ;

* Crim., 6 décembre 2000, pourvoi n° 00-82.623, Bull. crim, n° 365

Vu l'article 331 du Code de procédure pénale ;

Attendu qu'aux termes de ce texte, les témoins doivent, avant de déposer devant la cour d'assises, prêter le serment "de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité" ; que la formule par laquelle le témoin s'engage doit reproduire toute la substance du serment ainsi prescrit ;

Attendu que le procès-verbal des débats relate que le témoin H..., invité à prêter serment, a refusé, "pour des raisons de conscience personnelle", de prononcer le terme "je le jure" ; que, sur la proposition du président, il a accepté d'employer la formule : "Je m'engage et promets de dire toute la vérité, rien que la vérité" ; que le procès-verbal mentionne que "le témoin a déposé oralement dans les conditions prescrites par l'article 331 du Code de procédure pénale à l'exception du serment mais après avoir déclaré : "Je m'engage et promets" ;

Mais attendu que la formule employée, d'où il ne résulte pas que le témoin se soit engagé à parler sans haine et sans crainte, ne reproduit pas toute la substance du serment prescrit par la loi ;

La chambre criminelle admet donc qu'aux mots « je jure » ou « je le jure » soient substitués les mots « je m'engage » ou « je promets » « solennellement », dès lors que la substance même du serment n'est pas modifiée.

Cette reconnaissance de la valeur intrinsèque du serment promissoire, qu'il soit ou non professionnel, est soulignée par plusieurs auteurs.

Antoine Garapon¹⁹ écrit ainsi que « *La formule [du serment] doit être prononcée ou écrite telle quelle, sans qu'il soit permis d'en changer les termes ni d'en modifier l'ordre. Le texte de la formule est indisponible, sa récitation a valeur de test, certifiant que le comportement de celui qui la prononce est en accord avec le groupe social* ».

Vincente Fortier, dans son commentaire précité de notre arrêt du 1^{er} février 2017, affirme quant à elle que « *l'assermentation apparaît donc comme une obligation pour celui qui doit remplir à l'avenir certaines fonctions. Le refus de prêter serment peut empêcher l'individu qui s'y soustrait d'accéder à des fonctions qu'il souhaite pourtant exercer. Toutefois, il importe de distinguer entre le lexique de la promesse qui diffère d'un corps professionnel à l'autre ou d'un statut à l'autre et qui, même, peut ne pas être précisé (comme dans le cas examiné par la Chambre sociale) et le contenu de l'engagement, les termes mêmes de l'obligation à venir qui, bien qu'adaptée à chaque profession, exige globalement de l'individu des devoirs moraux similaires (bien servir, être loyal, faire preuve de probité, d'intégrité, de fidélité...). En d'autres termes, à la variabilité de la formulation du serment (« je promets », « je jure », « je promets et je jure », « je fais le serment », « je m'engage solennellement »...) s'oppose une intangibilité de fond relative au contenu des devoirs exigés dans le serment.*

¹⁹In « Bien juger : Essai sur le rituel judiciaire » éd. Odile Jacob, p. 138

Le Conseil d'Etat a jugé, dans un arrêt du 8 octobre 2008 (n° 303937 publié au recueil Lebon), à propos des agents habilités à constater des infractions au code de la santé publique, qui prêtent serment en ces termes (art. R. 1312-5 de ce code) : « *Je jure et promets de bien et loyalement remplir mes fonctions et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent. Je jure également de ne rien révéler ou utiliser de ce qui sera porté à ma connaissance à l'occasion de l'exercice de mes fonctions* », que « *l'assermentation traduit seulement leur engagement à remplir loyalement leurs fonctions et à observer leurs devoirs* », et que ces agents ne détiennent pas le droit de s'opposer à la prestation de serment :

*« [...] Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes du second alinéa de l'article R. 1312-7 du code de la santé publique, issu de l'article 1er du décret attaqué : Lorsque l'agent habilité a déjà été assermenté, à quelque titre que ce soit, pour constater des infractions, il n'a pas à renouveler sa prestation de serment (...) ; que si le SYNDICAT NATIONAL DES PERSONNELS DE SANTE ENVIRONNEMENTALE soutient que ces dispositions privent les agents du ministère de la santé de la possibilité de refuser de prêter serment, il résulte des dispositions précitées du code de la santé publique et de la situation statutaire et réglementaire dans laquelle se trouvent placés les fonctionnaires que la mission de contrôle du respect des dispositions restreignant l'usage du tabac confiée à ces agents constitue pour eux une obligation statutaire ; **que, dès lors, le syndicat requérant ne peut se prévaloir utilement d'un droit qu'auraient les agents de refuser d'exercer cette mission en ne se prêtant pas à la formalité de la prestation de serment** ;*

*Considérant, enfin, que si la procédure de l'habilitation, qui est accordée aux agents du ministère de la santé en fonction leur formation et de leur expérience, rend effectifs les pouvoirs de police judiciaire qui leur sont conférés par le code de la santé publique, **l'assermentation traduit seulement leur engagement à remplir loyalement leurs fonctions et à observer leurs devoirs** ; que, dès lors, si une nouvelle habilitation est nécessaire à chaque extension de compétences de ces agents, il n'en est pas de même pour l'assermentation ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le décret attaqué ne pouvait légalement, dans un but de simplification, dispenser les agents déjà assermentés de renouveler leur serment en cas de changement d'affectation ne peut qu'être écarté ;*

Il convient à cet égard de rappeler qu'il ressort des constatations des juges du fond que Mme Y... n'a pas refusé de prêter serment, mais qu'elle a refusé de prononcer la formule juratoire qui lui était demandée par le magistrat présidant l'audience de prestation du serment du tribunal de grande instance.

4.1.5. Si, on l'a vu, à la connaissance du rapporteur toute référence religieuse a disparu avec le temps du corps même des textes prévoyant une formule de serment, la question se pose de la laïcisation de la formule juratoire ou de la subsistance de la dimension religieuse de celle-ci, qu'elle soit objective ou subjective.

Il est nécessaire pour l'examen de cette question de se référer au droit de l'Union, au droit européen et particulièrement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

La liberté de religion est garantie par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

- Art. 10 (« *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.

[...] ».

- Art. 52 (« *Portée et interprétation des droits et des principes* ») :

« 1. *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* ».

[...]

3. *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* ».

Selon l'article 9 (« *Liberté de pensée, de conscience et de religion* ») de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

« 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* ».

Dans sa décision *Eweida et autres c. Royaume-Uni* du 15 janvier 2013 (n°48420/10 et a.), la CEDH a énoncé que « *Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion s'applique à des vues atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance (Bayatyan c. Arménie [GC], no 23459/03, § 110, CEDH 2011, Leela Förderkreis e.V. et autres c. Allemagne, no 58911/00, § 80, 6 novembre 2008, et Jakóbski c. Pologne, no 18429/06, § 44, 7 décembre 2010). A supposer cette condition satisfaite, 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 (Manoussakis et autres c. Grèce, 26 septembre 1996, § 47, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV, Hassan et Tchaouch c. Bulgarie [GC], no 30985/96, § 78, CEDH 2000-XI, et Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie [GC], nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, § 91, CEDH 2003-II)* » (§ 82), ce qu'elle a réaffirmé dans sa décision *SAS c. France* du 1^{er} juillet 2014 (GC, n° 43835/11)²⁰.

Selon la CEDH, « *A supposer même que la conviction en question atteigne le degré de force et d'importance requis, tout acte inspiré, motivé ou influencé par elle ne peut passer pour en constituer une « manifestation ». Ainsi, une action ou une omission n'étant pas l'expression*

²⁰ En ces termes : « *La Cour a souvent mis l'accent sur le rôle de l'État en tant qu'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances, et indiqué que ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. Comme signalé précédemment, elle estime aussi que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci* » (§ 127)

directe d'une conviction ou n'ayant qu'un rapport lointain avec un principe de foi échappe à la protection de l'article 9 § 1 (Skugar et autres c. Russie (déc.), no 40010/04, 3 décembre 2009, et, par exemple, Arrowsmith c. Royaume-Uni, no 7050/75, [...] et Zaoui c. Suisse (déc.), no 41615/98, 18 janvier 2001). 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 (Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France [GC], no 27417/95, §§ 73-74, CEDH 2000-VII, Leyla Sahin, précité, §§ 78 et 105, Bayatyan, précité, § 111, Skugar et autres, décision précitée, et Pichon et Sajous, décision précitée) » (§83). A cet égard la Cour EDH a précisé, dans sa décision SAS c. France du 1^{er} juillet 2014 (GC, n° 43835/11) que « La circonstance que cette pratique est minoritaire [...] est sans effet sur sa qualification juridique » (§ 56).

Lorsqu'elle considère que le requérant est bien fondé à se prévaloir des dispositions de l'article 9 de la convention, la CEDH recherche si l'ingérence, au nom de laquelle une restriction a été apportée à la liberté religieuse de l'intéressé, est justifiée et proportionnée à l'atteinte constatée, étant rappelé que « pour être compatible avec la Convention, une restriction à cette liberté doit notamment être inspirée par un but susceptible d'être rattaché à l'un de ceux que cette disposition énumère » (SAS c. France, précité; § 113). La restriction en cause doit donc constituer une mesure nécessaire, « 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 » (art. 9, 2. de la Convention).

La CEDH rappelle ainsi que « Selon sa jurisprudence constante, la Cour laisse aux États parties à la Convention une certaine marge d'appréciation pour ce qui est de dire si et dans quelle mesure une ingérence est nécessaire. Cette marge d'appréciation va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent. La tâche de la Cour consiste à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient dans leur principe et sont proportionnées (Leyla Sahin, précité, § 110, Bayatyan, précité, §§ 121-122, et Manoussakis et autres, précité, § 44) [...] » (Eweida et a., précité., § 84).

Dans sa décision Ebrahimian c. France du 26 novembre 2015 (n° 64846/11), relative à une assistance sociale de la fonction publique hospitalière dont le contrat de travail à durée déterminée n'avait pas été renouvelé au motif du refus de la salariée d'ôter son voile islamique, la CEDH a admis que l'ingérence dans le droit de la salariée de manifester ses convictions religieuses était justifiée par le principe de laïcité et celui de neutralité des services publics qui en découlait.

Elle a ainsi considéré que « Le principe de laïcité et de neutralité constitue l'expression d'une règle d'organisation des relations de l'État avec les cultes, qui implique son impartialité à l'égard de toutes les croyances religieuses dans le respect du pluralisme et de la diversité » et que « le fait que les juridictions nationales ont accordé plus de poids à ce principe et à l'intérêt de l'État qu'à l'intérêt de la requérante de ne pas limiter l'expression de ses croyances religieuses ne pose pas de problème au regard de la Convention (§ 67). Elle a observé « à cet égard que l'obligation de neutralité s'applique à l'ensemble des services publics, ainsi que l'ont maintes fois rappelé le Conseil d'État et la Cour de cassation récemment [...] », que « le port d'un signe d'appartenance religieuse par les agents dans l'exercice de leurs fonctions constitue, par principe, un manquement à leurs obligations » et que « selon le modèle français, qu'il n'appartient pas à la Cour d'apprécier en tant que tel, la neutralité de l'État s'impose aux agents

qui le représentent » (§ 68). La CEDH a ensuite estimé que « *les autorités nationales n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation en constatant l'absence de conciliation possible entre les convictions religieuses de la requérante et l'obligation de ne pas les manifester puis en décidant de faire primer l'exigence de neutralité et d'impartialité de l'État* » (§ 70). Elle en a conclu qu'« *Eu égard à tout ce qui précède, la Cour estime que l'ingérence litigieuse peut passer pour proportionnée au but poursuivi. Partant, l'ingérence dans l'exercice par la requérante de sa liberté de manifester sa religion était nécessaire dans une société démocratique, et il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention* » (§ 72).

En outre, à l'occasion de trois affaires relatives à des prestations de serment obligatoires pour exercer certaines fonctions, la CEDH s'est prononcée en faveur du droit de ne pas révéler ses convictions religieuses.

Dans la première affaire (Buscarini et autres c. Saint-Marin, n° 24645/94, 18 février 1999), les requérants dénonçaient l'obligation qui leur avait été faite de prêter serment sur les Evangiles²¹ sous peine de déchéance de leur mandat parlementaire. La Cour a conclu à la violation de l'article 9 de la Convention en énonçant que « *le fait d'avoir imposé aux requérants le serment sur les Evangiles équivaut [...] à l'obligation pour deux élus du peuple de faire allégeance à une religion donnée, ce qui n'est pas compatible avec l'article 9 de la Convention* » et qu'il « *serait contradictoire de soumettre l'exercice d'un mandat qui vise à représenter au sein du Parlement différentes visions de la société, à la condition d'adhérer au préalable à une vision déterminée du monde. La restriction incriminée ne saurait dès lors passer pour nécessaire dans une société démocratique* » (§ 39 et 40).

La deuxième affaire (Alexandridis c. Grèce, n° 19516/06, 21 février 2008), est relative au serment d'un avocat qui, invité par le juge à poser la main droite sur l'Evangile et à prêter serment selon la législation en vigueur, avait indiqué qu'il n'était pas chrétien orthodoxe et avait demandé à faire une déclaration solennelle, ce qui lui avait été accordé. Il se plaignait d'avoir dû révéler ses convictions religieuses lors de la prestation de serment. La CEDH a rappelé que « *Si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi [...]* » (§ 32). Puis elle a considéré que « *La liberté de manifester ses convictions religieuses comporte aussi un aspect négatif, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé de faire état de sa confession ou de ses convictions religieuses et de ne pas être contraint d'adopter un comportement duquel on pourrait déduire qu'il a - ou n'a pas - de telles convictions. Il n'est pas loisible aux autorités étatiques de s'immiscer dans la liberté de conscience d'une personne en s'enquérant de ses convictions religieuses ou en l'obligeant à les manifester, et spécialement à le faire, notamment à l'occasion d'une prestation de serment, pour pouvoir exercer certaines fonctions* » (§ 38). La CEDH a conclu à la violation de l'article 9 aux motifs que « *l'obligation imposée au requérant de révéler devant le tribunal compétent qu'il n'était pas chrétien orthodoxe et qu'il souhaitait prononcer une déclaration solennelle plutôt qu'un serment religieux a porté atteinte à son droit de ne pas être contraint de manifester ses convictions religieuses* » (§ 41).

La troisième affaire (Dimitras et autres c. Grèce, n° 42837/06 et a., 3 juin 2010) concerne des témoins qui avaient été invités, en vertu du code de procédure pénale, à prêter serment en apposant la main droite sur l'Evangile. Ils durent alors informer les autorités judiciaires qu'ils n'étaient pas chrétiens orthodoxes et souhaitaient plutôt faire une déclaration solennelle, demande qui fut accueillie. La CEDH a rappelé que « *Si la liberté de religion relève d'abord du*

²¹ Selon la formule suivante : « *Sur les Saints Evangiles, je (...) jure et promets perpétuelle fidélité et obéissance à la Constitution de la République (...)* »

for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi. Par ailleurs, la Cour a déjà eu l'occasion de consacrer des droits négatifs au sein de l'article 9 de la Convention, notamment la liberté de ne pas adhérer à une religion et celle de ne pas la pratiquer (voir, dans ce sens, Kokkinakis c. Grèce, et Buscarini et autres c. Saint-Marin, précités) » (§ 77) et qu'« En outre, la liberté de manifester ses convictions religieuses comporte également un aspect négatif, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé de manifester sa confession ou ses convictions religieuses et de ne pas être obligé d'agir en sorte qu'on puisse tirer comme conclusion qu'il a - ou n'a pas - de telles convictions. Aux yeux de la Cour, les autorités étatiques n'ont pas le droit d'intervenir dans le domaine de la liberté de conscience de l'individu et de rechercher ses convictions religieuses, ou de l'obliger à manifester ses convictions concernant la divinité. Cela est d'autant plus vrai dans le cas où une personne est obligée d'agir de la sorte dans le but d'exercer certaines fonctions, notamment à l'occasion d'une prestation de serment (voir en ce sens, Alexandridis c. Grèce, no 19516/06, § 38, CEDH 2008-...) » (§ 78).

La CEDH a ensuite relevé que « L'article 220 du code de procédure pénale, intitulé "prestation de serment des non-orthodoxes", prévoit ainsi les exceptions à la règle posée par l'article 218 du même code. Or, il ressort de la lettre de cette disposition que l'intéressé ne peut pas se soustraire à l'obligation de prêter le serment religieux prévu par l'article 218 en optant simplement pour l'affirmation solennelle. La formulation même de l'article 220 implique la production d'informations plus précises sur ses convictions religieuses pour se voir soustraire à la présomption de l'article 218. L'intéressé doit soit déclarer au juge pénal [...] être l'adepte d'une autre religion reconnue ou tolérée par l'Etat, afin de pouvoir prêter le serment religieux prévu par celle-ci, soit révéler qu'il croit à une religion ne permettant pas la prestation de serment pour faire une affirmation solennelle. En outre, il peut être obligé de convaincre le magistrat compétent qu'il ne croit à aucune religion, [...] lorsque il souhaite faire une affirmation solennelle. Enfin, dans le cas où l'intéressé ne parviendrait pas à convaincre le juge d'instruction ou le tribunal, il apparaît qu'il serait obligé de prêter le serment prévu par l'article 218 du code de procédure pénale. Qui plus est, les articles 218 et 220 du code précité ne prévoient aucune exception pour les témoins qui sont orthodoxes mais pour lesquels prêter le serment prévu par l'article 218 serait contraire à leurs convictions. Dans ce cas aussi, la lettre des articles précités laisse entendre qu'ils seraient obligés de prêter un type de serment en contradiction avec leurs croyances religieuses » (§ 85). La CEDH en a conclu que « les dispositions législatives appliquées en l'espèce ont imposé aux requérants la révélation de leurs convictions religieuses afin de faire une affirmation solennelle, ce qui a porté atteinte à leur liberté de religion » et que « l'ingérence litigieuse n'était pas justifiée dans son principe ni proportionnée à l'objectif visé » (§ 88), qui était en l'espèce « la garantie de la bonne administration de la justice » (§ 81).

Enfin, la CEDH a statué dans le même sens dans l'affaire Dimitras et autres c. Grèce (n° 44077/09 et a., 8 juin 2013).

Au cas d'espèce, Mme Y... invoque une prohibition religieuse (ne pas jurer) qui est celle d'une fraction pouvant être considérée comme significative, peu important son caractère minoritaire au regard de la jurisprudence de la CEDH, des fidèles de la religion chrétienne, de sorte qu'il peut être considéré que la salariée est susceptible, au sens de la jurisprudence européenne, d'invoquer les dispositions de l'article 9 de la Convention protégeant la liberté religieuse. L'ingérence litigieuse est celle de l'obligation qui lui a été faite de prononcer la formule juratoire, étant rappelé que celle-ci n'est pas prévue par l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 en vertu duquel Mme Y... devait être assermentée. Le mémoire en défense observe à cet égard qu'à la différence des précédents jugés par la CEDH, le serment que devait prêter Mme Y... ne fait référence à aucune religion. La question se pose néanmoins du caractère justifié et proportionné de la restriction apportée à sa liberté religieuse par l'autorité judiciaire ayant refusé que l'intéressée substitue à la formule juratoire un engagement solennel.

4.1.6. Dans son arrêt du 1^{er} février 2017, la chambre sociale a jugé « *qu'il résulte de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer que le serment des agents de surveillance exerçant au sein des entreprises visées par cette disposition peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion* ».

Cette solution est critiquée par le mémoire en défense qui se prévaut notamment du commentaire d'Isabelle Desbarats²². Celle-ci estime que le litige, appréhendé sur le terrain de la liberté religieuse, aurait pu l'être sur celui de la laïcité ; en effet, il s'agissait ici « *moins de liberté de conscience (au sens de for intérieur) que du droit de témoigner en paroles ou en actes de ses convictions religieuses [...], or la liberté [...] d'extérioriser sa foi peut être interdite en cas de poursuite d'une mission de service public* ». Elle considère que « *c'est bien dans cette hypothèse que l'on se trouvait ici, puisqu'était concerné un travailleur qui, bien que stagiaire, n'en participait pas moins à l'exercice d'une telle mission au sein de la RATP : un organisme en charge d'une mission de service public pouvant, à ce titre, imposer à ses agents l'interdiction de manifester leurs convictions religieuses au nom du principe de laïcité et de l'obligation de neutralité en découlant comme le rappelait l'article 8 du contrat de travail de cet agent ; un principe de laïcité s'appliquant en effet, depuis l'arrêt CPAM (30) "aux opérateurs privés poursuivant une mission de service public sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il s'agit d'un SPIC ou d'un SPA". Dans ces conditions, on aurait pu s'attendre à ce que soit opposé à cet agent le respect du principe de laïcité, ce qui en cas de violation, aurait conduit à lui reprocher un manquement punissable [...]. Telle était l'analyse que défendait l'avocat général M. R. Weissmann [...]* ».

Sur ce point précis, Jean Mouly²³ est d'une opinion contraire. Il écrit ainsi que « *le principe de neutralité interdit seulement aux agents des services publics de manifester leur appartenance religieuse dans l'exercice de leurs activités professionnelles. Il ne les empêche pas de faire valoir les convictions de leur for intérieur, de surcroît en dehors de l'exercice proprement dit de leurs fonctions* ». Il affirme néanmoins qu'il y avait des arguments sérieux pour retenir la thèse du serment laïc et ainsi le fait qu'en raison du principe de séparation, le serment ne serait plus « *qu'un engagement solennel pris en conscience devant l'Etat* » et que « *celui-ci étant dorénavant religieusement neutre, le serment serait aujourd'hui, sur le plan juridique, dépourvu de tout caractère religieux* » et ce d'autant qu'il « *ne se prête pas en France sur un livre religieux* » et qu'il « *est le plus souvent en relation avec des obligations d'ordre déontologique* ». Mais il note qu'« *on peut, à l'inverse, considérer, comme M. le rapporteur Huglo, que les formules de serment qui comportent encore l'expression "je le jure" conservent nécessairement une connotation religieuse car jurer c'est généralement invoquer une puissance extérieure divine [...]. On pourrait ajouter qu'à supposer qu'un tel serment soit, comme on peut le soutenir, purement laïc, on ne peut exclure cependant qu'il soit perçu comme religieux par l'intéressé, ou, plus encore, que sa religion lui impose de le considérer comme tel. En réalité, le respect intégral de la liberté religieuse du salarié suppose que soit pris en compte, non seulement le point de vue du droit étatique, mais encore celui de la norme religieuse à laquelle il adhère, même s'il ne saurait être question, bien sûr, d'intégrer celle-ci au droit positif*. Quoiqu'il en soit la chambre sociale a considéré que le serment juratoire conservait un caractère religieux, autorisant le salarié à demander l'utilisation d'une formule religieusement neutre. Elle se conforme ainsi à la position de la chambre criminelle qui a déjà admis les formes alternatives de serment [...] ».

L'auteur relève toutefois qu'« *En ce qu'il permet au salarié de prêter serment selon une formule compatible avec sa religion, l'arrêt de la chambre sociale est pleinement respectueux de sa*

²²In Revue de droit du travail 2017, p. 332

²³In Recueil Dalloz, 2017, p. 550

liberté religieuse. Il n'est pas sûr, en revanche, qu'il soit tout à fait conforme aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci, en effet, a été amenée à statuer à plusieurs reprises sur la question du serment juratoire en vigueur dans certains États (11). En particulier, dans un arrêt Alexandridis c/ Grèce du 21 février 2008 (12), relatif au serment des avocats grecs obligés de jurer sur les évangiles, sauf à eux à indiquer qu'ils ne sont pas chrétiens orthodoxes pour être autorisés à souscrire seulement un engagement solennel, la Cour de Strasbourg a jugé que, la liberté religieuse comportant " aussi un aspect négatif, à savoir le droit pour un individu de ne pas faire état de sa confession ou de ses convictions religieuses " (§ 38), la Grèce avait violé l'article 9 de la Convention. Or, dans la mesure où la chambre sociale, pour autoriser une forme alternative du serment juratoire, reconnaît à celui-ci une nature religieuse, elle oblige en même temps le salarié qui souhaiterait utiliser la faculté ainsi reconnue à faire état de l'incompatibilité de ses convictions religieuses avec la formule officielle. Même si une telle pression est moins forte que celle condamnée dans l'affaire Alexandridis, elle paraît néanmoins difficilement compatible avec la jurisprudence strasbourgeoise. En somme, pour " sauver " la salariée, la chambre sociale s'est mise curieusement dans la situation d'être en porte-à-faux avec la Convention européenne ».

Dans le même sens, Vincente Fortier²⁴, après avoir rappelé l'arrêt Alexandridis de la Cour européenne des droits de l'homme, relève : « *La solution adoptée par la Haute juridiction en 2017 ne conduit-elle pas l'intéressée à faire état de sa religion pour bénéficier de la faculté qu'elle lui offre, ce qui, au passage, revient à reconnaître implicitement, mais en toute logique, la nature religieuse du serment ?* ».

Commentant également l'arrêt du 1^{er} février 2017, Vincent Valentin²⁵ relève qu' « *on ne peut certes pas accepter par principe toute demande d'exemption au nom de la religion: le juge doit vérifier l'objectivité du conflit entre la règle et la foi et écarter les revendications fantaisistes ou absurdes, sans aucune raison religieuse ou sans objet. La Cour européenne des droits de l'homme évalue l'existence d'une ingérence dans la liberté religieuse à l'aune d'une part de la consistance de la conviction religieuse (qui doit être plus qu'une vague idée ou opinion (et atteignant " un certain degré de force, de sérieux, de cohérence, et d'importance " - 25 février 1982, Campbell et Cosans c/ Royaume-Uni), d'autre part de la réalité de l'atteinte à cette conviction. Mais ce faisant elle ne s'interroge pas sur la légitimité, mais seulement sur la réalité du conflit entre la règle et la conscience. Le devoir de neutralité de l'Etat exclut l'appréciation de la légitimité des croyances comme des modalités d'expression de celles-ci [...]. Le juge doit constater sans la discuter sur le fond la contradiction entre une norme religieuse et une norme juridique. En l'occurrence, même de manière marginale, le refus de jurement est bien établi dans le christianisme, à partir de Saint Mathieu " Moi je vous dis de ne pas faire le serment du tout. Ne dites pas " je le jure par le ciel " car le ciel c'est le trône de Dieu. (...) ". L'objection religieuse est donc fondée, il n'est pas certain qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la nature du serment pour admettre la nécessité d'accueillir la demande d'accommodement. Surtout on peut penser que le débat interne à la chambre sociale était superflu. En effet, il ne s'agit pas en l'espèce d'un refus de prêter serment, mais d'un rejet de la formule d'assermentation. Or la loi ne prescrit aucune formule. Il n'était donc pas nécessaire d'aller sur le terrain de l'exemption à la règle pour motif religieux et de poser la question de la nécessité d'un accommodement raisonnable, puisqu'il ne s'agit pas, en refusant de jurer, de se soustraire à une obligation légale ».*

4.1.7. La cour d'appel de renvoi a jugé que « Le principe de la laïcité de la République française découle des dispositions de l'article 1^{er} de la constitution du 4 octobre 1958 qui affirme

²⁴Op. Cit.

²⁵In Gazette du palais 28/03/2017, n° 13, p. 22

également le respect de toutes les croyances, le Conseil constitutionnel ayant précisé que ces dispositions interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers (décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004).

La formule juratoire est présente dans les serments prêtés par de nombreuses professions et notamment les greffiers des services judiciaires, les jurés, les notaires, les avocats, les agents de l'administration pénitentiaire, les agents habilités à constater des infractions au code de la santé publique et les magistrats. Lors du prononcé de cette formule, l'intéressé n'appose pas la main droite sur la Bible ou un autre texte religieux, ni même sur la constitution. Cette formule, très fréquemment est dénuée de toute connotation religieuse et de toute référence à une autorité supérieure. Elle est seulement destinée à traduire l'engagement de celui qui la prononce à respecter loyalement et solennellement les obligations mises à sa charge, à savoir constater des infractions et dresser des procès-verbaux dans le respect des règles qui s'imposent à l'intéressé. Dès lors l'employeur, en licenciant Mme Y..., n'a fait que respecter la loi, qui exige une assermentation de la part de la salariée pour pouvoir exercer les fonctions d'animatrice agent mobile [...] » (cf. arrêt, p. 6).

Le pourvoi nous invite à censurer cette décision en réaffirmant la solution énoncée dans notre arrêt du 1^{er} février 2017, selon laquelle la salariée pouvait, au nom de sa liberté religieuse, refuser de prononcer la formule juratoire qui lui était demandée et y substituer une formule « selon les formes en usage avec sa religion ».

Dans son mémoire ampliatif, Mme Y... affirme qu' « il importe peu que la formule des agents de la RATP ait ou n'ait pas un caractère religieux. Comme l'a indiqué très clairement la Cour de cassation, les agents peuvent prononcer le serment selon les formes en usage dans leur religion. Et bien entendu, on ne peut considérer qu'ils aient commis une faute [...] en proposant une formule de serment conforme à leurs croyances » (cf. MA, p. 4).

En défense, la RATP invoque l'absence de caractère religieux de la formule juratoire prononcée lors d'une prestation de serment, en soutenant que « l'emploi de la formulation " je le jure " dans une prestation de serment ne contrevient ni au principe constitutionnel de laïcité, ni au principe conventionnel de respect de la liberté religieuse [...] la formule juratoire est issue d'une longue tradition juridique française et - peu important son origine étymologique - elle ne se réfère à aucune divinité ou conviction religieuse [...]. Le système juridique français est tout entier imprégné de cette coutume du serment à formule juratoire et si la Justice obéit toujours à un principe de sacralité, celle-ci est désormais républicaine et laïque : elle n'est plus liée à aucun système de croyances, ni à aucune religion [...] la formule [juratoire] ne revêt aucune signification religieuse objective ». La RATP ajoute qu' « Il est indifférent [...] que la formule juratoire (" je le jure ") soit expressément prévue par le texte de loi imposant l'assermentation, ou qu'[elle] ne le soit pas. En effet, s'il était donné un sens religieux à cette formule juratoire, tout individu soumis à un serment pour exercer ses fonctions serait alors en droit d'invoquer l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme pour refuser, au nom de ses convictions religieuses ou philosophiques, de [se] soumettre à cette obligation, indépendamment de son support législatif » (cf. MD, p. 10 et sv.).

Si la chambre décidait de revenir sur la solution énoncée dans son arrêt du 1^{er} février 2017, en considérant que le serment est objectivement laïc et que la salariée ne pouvait faire valoir sa conception subjective d'une dimension religieuse de la formule juratoire, contraire à ses convictions, il s'en déduirait que le refus de l'intéressée de prononcer une telle formule était fautif et, par suite que le défaut d'assermentation lui était imputable, ce qui conduirait au rejet du pourvoi.

Si, à l'inverse, la chambre était amenée, soit à confirmer la solution de sa précédente décision, fondée sur la liberté religieuse de la salariée, soit encore à considérer que l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 ne prescrivant aucune formule de prestation de serment, la salariée ne s'est soustraite à aucune obligation légale en refusant de jurer, il est nécessaire de s'interroger sur les conséquences de cette reconnaissance éventuelle de la légitimité du refus de Mme Y... de prononcer la formule juratoire sur la validité du licenciement pour faute prononcé par la RATP, au motif d'un refus de prêter serment et d'un défaut consécutif d'assermentation, laquelle était requise pour l'exercice des fonctions de l'intéressée.

4.2. Conséquences de l'éventuelle reconnaissance de la légitimité du refus de la salariée de prononcer la formule juratoire sur la validité du licenciement

4.2.1. Dans son arrêt du 1^{er} février 2017, la chambre, après avoir énoncé qu' « *il résulte de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer que le serment des agents de surveillance exerçant au sein des entreprises visées par cette disposition peut être reçu selon les formes en usage dans leur religion* », en a déduit que « *la salariée n'avait commis aucune faute en proposant une telle formule et que le licenciement prononcé en raison des convictions religieuses de la salariée était nul* ».

Elle a donc considéré, au visa de l'article L. 1132-1 du code du travail prohibant toute discrimination notamment en raison des convictions religieuses, que le licenciement de Mme Y... était discriminatoire.

Tant la convention EDH que le droit de l'Union prohibent la discrimination en raison de la religion.

L'article 14 (« *Interdiction de discrimination* ») de la convention EDH dispose en effet : « *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* ».

La 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 prévoit :

« Article 1^{er}

Objet

La présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en oeuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

Article 2

Concept de discrimination

1. *Aux fins de la présente directive, on entend par "principe de l'égalité de traitement" l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1^{er}.*

2. *Aux fins du paragraphe 1 :*

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

b) *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes*

d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes, à moins que :

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

Article 4

Exigences professionnelles

“1. 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 1er 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.

[...] ».

En droit interne, l'article L. 122-45, alinéa 1^{er}, devenu L.1132-1 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, prévoit qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en raison notamment de ses convictions religieuses.

L'article L. 122-45, alinéa 5, devenu L. 1132-4 du même code, sanctionne par la nullité toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance du principe de non-discrimination.

La Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises sur la question des restrictions apportées à la liberté religieuse du salarié.

Par deux arrêts rendus le 19 mars 2013, la chambre sociale a ainsi été amenée à statuer sur le licenciement de deux salariées, prononcé au motif de leur refus d'enlever le voile islamique sur leur lieu de travail. Dans la première affaire, qui concernait une salariée exerçant ses fonctions au sein d'une caisse primaire d'assurance maladie (Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 12-11.690, op. cit.), la chambre a approuvé les juges du fond ayant, pour rejeter la demande de nullité du licenciement, retenu que la salariée exerçait ses fonctions, peu important qu'elle soit ou non directement en contact avec le public, dans un service public en raison de la nature de l'activité exercée par la caisse, de sorte que la restriction instaurée par le règlement intérieur de celle-ci était nécessaire à la mise en oeuvre du principe de laïcité de nature à assurer aux yeux des usagers la neutralité du service public.

Dans la seconde affaire (dite Baby Loup), qui concernait une salariée travaillant au sein d'une crèche privée (Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-28.845, Bull. V, n° 75), la chambre a au contraire cassé l'arrêt de la cour d'appel ayant rejeté la demande de nullité du licenciement, en énonçant que « *Le principe de laïcité instauré par l'article 1er de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public* » et 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. Tel n'est pas le cas d'une clause d'un règlement intérieur d'une crèche privée qui 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", une telle clause, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondant pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail* ». Statuant sur le pourvoi formé dans cette même affaire contre l'arrêt de la cour de

renvoi, qui avait rejeté à nouveau la demande de nullité du licenciement, l'Assemblée plénière a approuvé la décision des juges du fond, en considérant que la restriction (soit l'interdiction du port du voile) édictée par le règlement intérieur était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché : « *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* » (Ass. plén., 25 juin 2014, pourvoi n° 13-28.369, Bull. Ass. plén, n° 1).

Puis dans l'affaire Micropole, relative à nouveau à la question du port du voile islamique en entreprise, la chambre sociale, statuant après question préjudicielle posée à la Cour de justice de l'Union européenne (Soc., 9 avril 2015, pourvoi n° 13-19.855, Bull. V, n° 75), a jugé dans un arrêt du 22 novembre 2017 (pourvoi n° 13-19.855, Bull. V, n° 200), rendu au visa des articles L. 1121-1, L. 1132-1, dans sa rédaction applicable, L. 1133-1, L. 1321-3, 2°, du code du travail, dans sa rédaction applicable, ensemble l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les articles 2, § 2, et 4, § 1, de la 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, qu'à défaut pour l'employeur de prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur en application de l'article L. 1321-5 du code du travail, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, l'interdiction faite à une salariée de porter le foulard islamique dans ses contacts avec les clients résultant seulement d'un ordre oral donné à une salariée et visant un signe religieux déterminé, caractérisait l'existence d'une discrimination directement fondée sur les convictions religieuses et que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une salariée portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4, § 1, de la directive du 27 novembre 2000.

Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt Risk & co du 8 juillet 2020 (pourvoi n° 18-23.743, PBRI), qui concernait le licenciement d'un salarié auquel était reproché le port d'une barbe « *taillée d'une manière volontairement signifiante aux doubles plans religieux et politique* ». La chambre a d'abord confirmé qu'en l'absence de clause de neutralité dans le règlement intérieur ou dans une note de service relevant du même régime légal, l'interdiction faite au salarié, lors de l'exercice de ses missions, du port de la barbe, en tant qu'elle manifesterait des convictions religieuses et politiques, et l'injonction faite par l'employeur de revenir à une apparence considérée par ce dernier comme plus neutre, caractérisaient une discrimination directement fondée sur les convictions religieuses et politiques du salarié. Puis elle a énoncé que si les demandes d'un client relatives au port d'une barbe pouvant être connotée de façon religieuse ne sauraient, par elles-mêmes, être considérées comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4 § 1 de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, l'objectif légitime de sécurité du personnel et des clients de l'entreprise peut justifier en application de ces mêmes dispositions des restrictions aux droits des personnes

et aux libertés individuelles et collectives et, par suite, permet à l'employeur d'imposer aux salariés une apparence neutre lorsque celle-ci est rendue nécessaire afin de prévenir un danger objectif. Toutefois les juges du fond ayant constaté que l'employeur ne démontrait pas les risques de sécurité spécifiques liés au port de la barbe, la cour d'appel a été approuvée d'avoir jugé le licenciement discriminatoire et donc nul.

4.2.2. La décision de la chambre sociale du 1^{er} février 2017, ayant considéré que le licenciement prononcé par la RATP était discriminatoire car fondé sur les convictions religieuses de Mme Y..., a suscité de nombreux commentaires, parmi lesquels on peut citer les suivants :

Isabelle Desbarats²⁶ souligne « *la rigueur de cette jurisprudence pour les employeurs, ainsi amenés à assumer les conséquences d'agissements peut-être discriminatoires, mais commis par autrui* ».

Dans le même sens, Vincent Valentin²⁷ relève que « la RATP est sanctionnée pour une discrimination qu'elle n'a pas commise elle-même, le TGI l'ayant contrainte à licencier une femme qu'elle ne pouvait plus, en droit, faire travailler comme agent contrôleur. On peut s'étonner qu'il soit fait grief à l'entreprise de s'être soumise à la décision du tribunal [...]. L'affaire pose la question de l'attitude que doit adopter un employeur en cas de litige sur le serment. On peut déduire de la décision que l'entreprise aurait dû soit réinscrire Mme Y... à une autre prestation de serment, soit lui proposer un autre emploi. Mais il faut noter que conserver la salariée et la déporter sur un poste non assermenté aurait été une façon plus légère mais non moins réelle de faire de la discrimination, puisque Mme Y.. aurait été écartée du poste prévu. Quoi qu'il en soit, l'employeur est dans une impasse : il devra toujours supporter les conséquences du refus d'assermentation du juge (assurément fautif) sur lequel il n'a pas pourtant pas prise ».

Marie Peyronnet²⁸ affirme qu'« Immanquablement, la première question qui vient à l'esprit est la suivante : pourquoi l'employeur devrait-il être comptable des décisions de l'autorité judiciaire auxquelles il est - comme nous tous - soumis ? L'employeur n'a commis aucune discrimination directe, aucune discrimination indirecte non plus, puisque la nécessité d'une assermentation pour être contrôleur n'a pas pour effet d'entraîner un désavantage particulier pour les chrétiens et, quand bien même ce serait le cas, elle est aisément justifiable puisqu'il s'agit d'une exigence légale et que le refus d'assermentation résulte d'une décision judiciaire. L'assermentation est une condition pour la titularisation de la salariée et, en son absence, elle ne peut remplir ses fonctions professionnelles. En aucune manière la décision de la RATP n'a été motivée par la religion de la salariée et considérer que le licenciement a été prononcé en raison des convictions religieuses de l'intéressée est un raccourci excessif. Nous sommes très éloignés du cas où l'employeur repercuterait l'attitude discriminante d'un client à l'égard d'une salariée comme ce fût le cas récemment (v. la question préjudicielle très délicate posée par la Cour de cassation à la CJUE, Soc., 9 avril 2015 n° 13-19.855 [...]²⁹). [...] en l'espèce, la question n'est pas de savoir si l'employeur pouvait ou non tenir compte de la décision discriminante du juge puisqu'il avait l'obligation légale d'en tenir compte [...]. Certains pourraient arguer que la RATP aurait pu s'abstenir de licencier la salariée. Mais on peut rétorquer qu'elle aurait tout de même dû faire quelque chose : refuser de promouvoir la salariée (autrement dit ne rien faire) ou reclasser la

²⁶Op. Cit.

²⁷Op. Cit.

²⁸In Dalloz actualité, 17 février 2017

²⁹Il s'agit de l'affaire Micropole rappelée supra

salariée dans un emploi ne nécessitant pas une assermentation. Quelle que soit la décision, la salariée aurait été discriminée puisque la Cour de cassation estime que respecter une décision de justice discriminatoire est discriminatoire. Quoiqu'il arrive, l'employeur sera donc fautif. Avec une telle solution, il n'y a pas de situation dans laquelle l'employeur puisse être dans la légalité et cela n'est pas acceptable. Ceci étant dit, la chambre sociale a clairement expliqué pourquoi le refus d'accorder l'assermentation est discriminatoire. La formule de la prestation de serment n'était imposée par aucun texte, en particulier en ce qui concerne la prononciation des termes « je jure ». Il aurait été intéressant de savoir quelle aurait été la solution si un texte avait imposé le prononcé de ces mots ».

Jean-Marc Chonnier³⁰ note que « la dissociation entre la cause (le refus de jurer devant le tribunal) et sa conséquence (le défaut d'assermentation) qu'avait faite la cour d'appel dans son arrêt du 21 janvier 2015, est apparue inopérante à la Cour de cassation qui a considéré qu'elle est en quelque sorte neutralisée par la force du principe de non-discrimination. Dans cette logique, la décision discriminatoire du juge de ne pas assermenter la salariée rend nécessairement discriminatoire la décision de licencier de l'employeur - ce qui par ailleurs pourrait justifier que ce dernier mette en cause la responsabilité de L'Etat en raison du préjudice que ce dysfonctionnement lui fait subir [...] et qui tient aux conséquences de la nullité du licenciement qu'il devra assumer ».

Jean Mouly³¹ s'interroge en ces termes : « même si la Cour ne s'y est guère attardée, la question se posait également de savoir si, en licenciant une salariée qui, pour des motifs religieux, avait refusé de prêter serment, l'employeur n'avait pas, en l'espèce, porté une atteinte illicite à sa liberté de religion. Une réponse positive n'était sans doute pas aussi évidente qu'il pouvait y paraître. En effet, on peut d'abord avancer que, si atteinte il y a, elle ne provient pas de l'employeur lui-même, mais du juge qui a refusé une formule alternative ; l'objection n'est cependant pas insurmontable, comme on le verra plus loin. Surtout, par son attitude, le salarié se met dans l'impossibilité d'exercer les fonctions pour lesquelles il avait été embauché. Or, dans une affaire, certes un peu différente, mais qui posait néanmoins elle aussi le problème du serment, le Conseil d'État a considéré que des agents ne sauraient se soustraire, même partiellement, à leurs obligations par un refus de prêter ledit serment (13 CE 8 oct. 2008, n° 303937). Quant à la Cour de cassation, dans la célèbre affaire du boucher musulman, elle a estimé, de son côté, que l'employeur n'avait pas à aménager les postes de travail en raison des convictions religieuses de ses salariés, sauf stipulation d'une clause de conscience (14 Soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738). Il aurait peut-être été possible à la RATP de se prévaloir de cette jurisprudence, si elle ne s'était pas placée malencontreusement sur le terrain de la faute de la salariée, encore que cela étant, il demeure que cette jurisprudence se fonde implicitement sur une telle faute, en l'occurrence exclue lorsque, comme la Cour, on accorde au salarié la faculté de prêter serment selon une formule alternative. De toute façon, pour constater non pas seulement un défaut de cause réelle et sérieuse, mais une atteinte illicite à la liberté religieuse, il fallait pousser plus avant le raisonnement en vérifiant la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte. Il ne faisait guère de doute qu'en l'espèce, l'atteinte fût légitime puisque la prestation de serment est une condition d'exercice des fonctions pour lesquelles la salariée avait été engagée. En revanche, la proportionnalité de l'atteinte était moins évidente. En effet, même si l'erreur initiale provenait du juge ayant refusé d'accueillir la prestation de serment, l'employeur, en en déduisant la possibilité automatique de licencier la salariée, non seulement acceptait d'endosser la décision de ce juge, mais prenait aussi le risque de devoir assumer son illicéité pour le cas où celle-ci viendrait à être reconnue par une autre juridiction. Au fond, ce que l'on

³⁰In La semaine juridique Social n° 19, 16 mai 2017, 1159

³¹Op. Cit.

peut reprocher à l'employeur, ce n'est pas d'avoir refusé d'aménager le poste de la salariée - il n'avait pas à le faire, la théorie des accommodements raisonnables n'étant pas ici applicable -, mais de ne pas avoir recherché, avant de prendre sa décision de licencier, s'il n'existait pas une autre solution permettant de concilier la foi de la salariée et les exigences du service. Or, en l'espèce, il restait possible à l'employeur d'inviter la salariée à réitérer sa prestation de serment. Ainsi, parce que l'employeur a agi de manière précipitée en négligeant une autre possibilité qui aurait pu aboutir, sa décision de licencier la salariée peut apparaître disproportionnée. On peut, bien sûr, considérer, comme les juges du fond, que c'était au salarié et non à l'employeur de contester le refus du juge d'accueillir le serment alternatif qui avait été proposé. Toutefois, dans la mesure où l'employeur se fondait sur cette décision pour procéder au licenciement, il ne pouvait, comme il a déjà été dit, qu'assumer les conséquences de son illicéité éventuelle. C'est seulement si, après une nouvelle tentative d'assermentation, le juge était resté sur ses positions, que l'employeur aurait sans doute pu procéder au licenciement sans violer l'article 9 de la Convention. Cela étant, la Cour de cassation a préféré, en fin de compte, se placer sur le terrain de la discrimination. En effet, dans ses visas, la Cour de cassation a jugé bon d'ajouter, à l'article 9 de la Convention européenne, l'article L. 1132-1 du code du travail. Cette adjonction ne se comprend que si le licenciement est jugé discriminatoire par la haute juridiction, sans quoi le visa de la Convention eût suffi [...] .

Se posait donc encore une fois la question des rapports qu'entretiennent les atteintes à la liberté religieuse avec les discriminations. On ne rentrera pas dans le détail de la controverse [...] il existe une conception étroite de la discrimination, qui suppose que la prise en compte de la religion du salarié par l'employeur soit le motif déterminant de la décision, tandis que, dans une conception plus souple, il suffit que celle-ci soit intervenue d'une façon ou d'une autre dans le processus décisionnel. [...] il n'était pas évident, dans cette affaire, que l'on puisse qualifier le licenciement de discriminatoire. Le salarié n'avait pas été licencié en raison de son appartenance religieuse, mais pour avoir refusé de prêter serment et s'être mis dans l'impossibilité d'effectuer les tâches pour lesquelles il avait été recruté. Il fallait, en réalité, remonter jusqu'aux raisons ayant conduit la salariée à refuser de prêter serment pour que l'aspect religieux de l'affaire apparaisse ; mais celui-ci n'était qu'un motif lointain et médiat de la décision patronale. Celle-ci aurait été la même quelle que fût la raison du salarié de ne pas prêter serment. Il n'était donc guère possible de considérer que l'appartenance religieuse de la salariée avait été le motif déterminant du licenciement. Il fallait même adopter, en l'espèce, une conception singulièrement extensive de la discrimination pour appliquer l'article L. 1132-1 du code du travail alors que, contrairement à ce que l'on constate dans les affaires relatives au voile islamique, la salariée n'avait pas manifesté son appartenance religieuse dans l'exécution du contrat. Il est, en tout cas, difficile d'affirmer que, comme en matière de port d'insignes religieux, le licenciement impliquait nécessairement, en l'occurrence, la prise en compte de l'appartenance à une religion. Le lien entre celle-ci et le licenciement était ici beaucoup plus ténu. La preuve en est qu'on ne voit guère comment, dans une telle espèce, l'on pourrait appliquer la justification prévue par l'article L. 1133-1 et relative à "l'exigence professionnelle essentielle et déterminante". En réalité, le décalage entre le problème initial à résoudre et ses effets sur le licenciement réapparaît de façon manifeste. Il aurait sans doute été plus sage de déclarer le licenciement seulement dépourvu de cause réelle et sérieuse ou, à la rigueur, nul pour atteinte à la liberté religieuse. La chambre sociale a préféré l'audace à la prudence ».

4.2.3. La cour d'appel de renvoi a d'abord relevé que « La nécessité de prêter serment pour exercer les fonctions auxquelles Mme Y... avait été recrutée est stipulée à l'article 2 de l'annexe au contrat de travail. L'article 23 de la loi du 15 juillet 1845 conditionnant la possibilité de verbaliser à la prestation de serment devant le tribunal de grande instance ne comporte aucune formule de serment. Si les parties ne précisent pas le texte de la prestation de serment en cause, il ressort de leurs écritures qu'elle contenait la formule suivante : « je le jure ». L'employeur n'ignorait pas que l'absence de prestation de serment résultait du refus opposé par

le magistrat du tribunal de grande instance à la formule de serment proposée par Mme Y... eu égard à ses convictions religieuses afin de ne pas prononcer la formule juratoire ».

Puis, après rappel des dispositions des articles L. 1132-1 du code du travail et 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, prohibant la discrimination directe et la discrimination indirecte, la cour d'appel a retenu que « *les éléments présentés par Mme Y... laissent supposer l'existence d'une discrimination indirecte commise par la RATP dans la mesure où la salariée a été licenciée pour ne pas avoir prêté serment en raison de sa religion chrétienne ainsi que cela résulte du procès-verbal du président du tribunal de grande instance* ».

Elle a ensuite, après avoir énoncé les dispositions de l'article 9 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, considéré, aux termes des motifs rappelés supra (4.1.7), au vu du principe de laïcité, que la formule juratoire, « *présente dans les serments prêtés par de nombreuses professions* », « *très fréquemment est dénuée de toute connotation religieuse et de toute référence à une autorité supérieure* » et qu'elle « *est seulement destinée à traduire l'engagement de celui qui la prononce à respecter loyalement et solennellement les obligations mises à sa charge, à savoir constater des infractions et dresser des procès-verbaux dans le respect des règles qui s'imposent à l'intéressé* », et que « *Dès lors l'employeur, en licenciant Mme Y..., n'a fait que respecter la loi, qui exige une assermentation de la part de la salariée pour pouvoir exercer les fonctions d'animatrice agent mobile. En conséquence, la demande tendant à la nullité du licenciement (sic)* ». Elle a ajouté que « *Le second motif invoqué par Madame Y... à l'appui de sa demande de nullité du licenciement, soit le défaut par la RATP de son reclassement, ne peut aboutir. En effet ce manquement ne découlant d'aucun texte visant le cas présent, ne procède pas de la violation d'une liberté fondamentale, ni d'aucun des motifs permettant de retenir la nullité du licenciement. Mme Y... est donc déboutée de sa demande de réintégration au sein de la RATP, ainsi que de sa demande de rappel de salaire [...]* » (cf. arrêt, p. 5 et 6).

La cour d'appel a donc considéré que si Mme Y... présentait des éléments laissant supposer l'existence d'une discrimination en raison de ses convictions religieuses, l'employeur, en licenciant l'intéressée pour absence d'assermentation, s'était borné à respecter la loi imposant cette assermentation, condition nécessaire pour l'exercice des fonctions de l'intéressée, de sorte qu'il n'avait commis aucun acte discriminatoire. Elle a ainsi opéré in fine une dissociation entre la cause, soit le refus de jurer devant le tribunal de grande instance ayant refusé de recevoir le serment de l'intéressée expurgé de la formule juratoire, et sa conséquence, soit le défaut d'assermentation, pour rejeter la demande de nullité du licenciement fondée sur la discrimination.

Ainsi que relevé par un commentateur de notre arrêt du 1^{er} février 2017³², c'est cette même dissociation qui avait été opérée par la première cour d'appel dans son arrêt du 21 janvier 2015, de manière toutefois plus explicite par cette dernière. En effet, après avoir retenu qu'« *en reprochant à la salariée l'absence d'assermentation l'employeur lui oppose l'absence de réalisation d'une condition contractuelle impérieuse et primordiale, puisque à sa réalisation est subordonnée la capacité de ses agents à exercer leurs fonctions et à dresser des procès-verbaux d'infraction notamment sur le fondement des articles 23 de la loi du 15 juillet 1845 relatif à la police des chemins de fer et L. 130-4 du code de la route* », la cour d'appel avait ajouté que « *la réalisation de cette condition dépend d'un élément extérieur à l'employeur* », celui-ci n'ayant « *aucune compétence pour décider du refus ou de l'octroi de l'assermentation qui dépendent de l'autorité judiciaire et qui échappent à son contrôle et à son pouvoir* », que « *dès lors l'employeur n'a pas à entrer dans le débat de savoir si la formule que proposait la*

³²J-M. Chonnier, op. cit.

salariée en remplacement de celle qu'entendait lui imposer le juge aurait dû, au regard d'une certaine jurisprudence européenne ou des principes généraux du droit, être acceptée par celui-ci, ou si elle contenait ou non toute la substance du serment prévu par la loi » et que par conséquent la faute résultant du refus de la salariée de se soumettre à la procédure exigée par l'autorité judiciaire était constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Cette thèse est soutenue par la RATP. Ainsi, pour conclure à l'absence de caractère discriminatoire du licenciement de Mme Y..., la RATP fait valoir qu'elle « *n'a fait que prendre acte de l'absence d'assermentation constatée par l'autorité judiciaire, ce qui rendait impossible l'intégration de Mme Y... au cadre permanent de la RATP et constituait ainsi un manquement contractuel de l'agent stagiaire. A aucun moment la RATP n'a pris en compte les convictions religieuses de Mme Y... et elle ne saurait être tenue responsable de la décision prise par le Président du Tribunal de grande instance de Paris en refusant d'assermenter l'agent stagiaire* ». La RATP ajoute que « *les dispositions de l'article L. 1132-1 du code du travail, prohibant les mesures prises en raison des convictions religieuses du salarié, ne visent que les mesures prises par l'employeur [...]. Il en résulte nécessairement qu'un salarié ne peut se prévaloir d'un caractère discriminatoire d'une mesure, au sens de l'article L. 1132-1 du code du travail, que si cette mesure a été prise par son employeur ou par l'un de ses représentants, et non lorsqu'est en cause une décision émanant d'une autorité extérieure à l'entreprise* » (cf. MD, p. 22 et sv.).

Le mémoire ampliatif se réfère à notre arrêt du 1^{er} février 2017, en soulignant que « *la critique présentée au moyen est directement reprise de la première décision prononcée par la Cour de cassation dans le présent dossier* », sans aucun autre développement (cf. MA, p. 4).

On peut relever qu'à la différence des précédents cités supra (4.2.1) de la Cour de cassation, rendus dans des hypothèses de restrictions à la liberté religieuse du salarié, en premier lieu le fait fautif reproché à Mme Y..., à savoir son refus de prêter serment et l'impossibilité consécutive d'obtenir son assermentation, est certes en lien avec ses fonctions - l'assermentation étant une condition d'exercice de celles-ci - mais a été commis hors du temps et du lieu du contrat de travail et, en second lieu, la réalisation de cette condition dépend de l'autorité judiciaire.

Il convient d'observer également que seule la décision de l'autorité judiciaire, matérialisée par le procès-verbal d'audience (précisant que Mme Y... « *indique au tribunal que sa religion (chrétienne) lui interdit de prêter le serment prévu par la loi* ») fait état des convictions religieuses de l'intéressée, alors que la lettre de licenciement n'en fait nullement mention, sauf à admettre l'existence d'une référence indirecte à la religion de l'intéressée dans la mesure où la lettre de licenciement invoque le refus de la salariée de prêter serment lors de l'audience de prestation de serment du 28 septembre 2007.

C'est ce que la cour d'appel de renvoi a considéré in fine en retenant que « *Les éléments présentés par Mme Y... laissent supposer l'existence d'une discrimination indirecte commise par la RATP dans la mesure où la salariée a été licenciée pour ne pas avoir prêté serment en raison de sa religion chrétienne ainsi que cela résulte du procès-verbal du président du tribunal de grande instance* ».

Il pourrait encore être soutenu que l'employeur, ayant connaissance du motif religieux du refus d'assermentation, ainsi que l'a constaté la cour d'appel qui a relevé à cet égard que « *l'employeur n'ignorait pas que l'absence de prestation de serment résultait du refus opposé par le magistrat du tribunal de grande instance à la formule de serment proposée par Mme Y... eu égard à ses convictions religieuses afin de ne pas prononcer la formule juratoire* », se serait en quelque sorte approprié le motif discriminatoire du refus d'assermentation en licenciant la salariée pour avoir refusé de prêter serment. Mais il pourrait être objecté que le motif déterminant du licenciement n'est pas le motif du refus d'assermentation mais bien l'absence d'assermentation, visée par la lettre de licenciement, condition nécessaire d'exercice des

fonctions de la salariée, quelles que soient les raisons pour lesquelles la salariée n'a pas été assermentée.

Au vu des observations qui précèdent il conviendra d'apprécier la pertinence des thèses en présence sur le caractère discriminatoire du licenciement de la salariée, retenu par notre précédente décision du 1^{er} février 2017.

4.2.4. Dans l'hypothèse où la solution du caractère discriminatoire du licenciement et donc sa nullité, ouvrant droit à la réintégration de la salariée, serait écartée, le refus - à supposer toujours qu'il soit considéré comme légitime - de la salariée de prononcer la formule juratoire pourrait-il avoir pour conséquence de rendre le licenciement sans cause réelle et sérieuse ?

Le mémoire en défense soutient qu'« *en tout état de cause, si l'on devait considérer - pour les besoins du raisonnement - que le refus qui aurait été opposé à Mme Y... par l'autorité judiciaire le 28 septembre 2007 était illicite, alors le licenciement prononcé par la RATP ne pourrait qu'être déclaré sans cause réelle et sérieuse et non frappé de nullité* » (p. 32), en se prévalant de la jurisprudence de la chambre sociale relative au licenciement pour inaptitude médicale et impossibilité de reclassement prononcé sur le fondement d'un avis médical ultérieurement annulé et au licenciement prononcé sur le fondement d'un refus d'agrément administratif ultérieurement annulé (voir infra). La RATP souligne néanmoins que « *Mme Y... n'a jamais formé de recours à l'encontre de la décision de refus d'assermentation constatée par le président du tribunal de grande instance de Paris lors de l'audience du 28 septembre 2007, ce refus d'assermentation pris par l'autorité judiciaire dispose donc d'une opposabilité absolue* », de sorte que le licenciement prononcé sur le fondement d'une absence de prestation de serment, qui faisait obstacle au commissionnement de l'intéressée, est fondé sur une cause réelle et sérieuse (MD, p. 24 et sv.).

S'agissant de salariés licenciés pour inaptitude, selon sa jurisprudence rendue sous l'empire des dispositions applicables dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, la chambre juge que lorsque l'inspecteur du travail, saisi d'une contestation de l'avis du médecin du travail déclarant le salarié inapte, décide de ne pas reconnaître l'inaptitude, ou que sur recours contentieux, sa décision la reconnaissant est annulée, le licenciement n'est pas nul comme intervenu en raison de l'état de santé du salarié en violation de l'article L. 1132-1 du code du travail, mais privé de cause et le salarié a droit à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 8 avril 2004, pourvoi n° 01-45.693, Bull. V, n° 118 ; Soc., 9 février 2005, pourvoi n° 03-44.486, Bull. V, n° 50 ; Soc., 26 novembre 2008, pourvoi n° 07-43.598, Bull. V, n° 233 ; Soc., 31 mars 2016, pourvoi n° 14-28.249 ; Soc., 24 octobre 2018, pourvoi n° 17-20.017).

Par ailleurs, lorsqu'un licenciement est prononcé au motif d'une décision de retrait d'agrément nécessaire aux fonctions du salarié et que cette décision a été ultérieurement rapportée ou annulée, eu égard à l'effet rétroactif s'attachant à la décision administrative rapportant ou annulant la décision antérieure, le salarié est réputé n'avoir jamais perdu l'agrément administratif nécessaire à l'exercice de ses fonctions, en sorte que le licenciement prononcé pour ce seul motif est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc., 25 mars 2009, pourvoi n° 07-45.686, Bull. V, n° 86 ; Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-67.990 ; Soc., 4 mai 2011, pourvoi n° 08-44.431).

Sur la question de l'imputabilité de la rupture, il peut également être fait référence à la jurisprudence de la chambre relative aux contrats conclus dans le secteur du football professionnel. Ainsi nous jugeons qu'« *aux termes de l'article 256 de la charte du football professionnel, tout contrat, ou avenant de contrat, non soumis à l'homologation ou ayant fait l'objet d'un refus d'homologation par la commission juridique est nul et de nul effet* », que « *la décision de refus d'homologation constitue un acte administratif qui s'impose au juge judiciaire* »

(Soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-21.794, Bull. V, n° 167). « C'est à l'employeur qu'il incombe de soumettre à homologation ces conventions, contre-lettres, accords particuliers, modifications du contrat, et le salarié ne peut se voir opposer un défaut d'homologation résultant de la carence de l'employeur dans l'accomplissement de cette obligation », une telle carence ouvrant droit par conséquent pour le salarié au paiement de dommages-intérêts pour rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée (Soc., 18 juin 1996, pourvoi n° 92-42.638, Bull. V, n° 250). Dans le même sens il est jugé que lorsque l'absence d'homologation est imputable à l'employeur, le salarié peut prétendre à la réparation de son préjudice résultant du défaut de réalisation de la promesse d'embauche (Soc., 13 mai 2003, pourvoi n° 01-42.068, Bull. V, n° 162).

Enfin on peut rappeler que selon la jurisprudence de la chambre sociale, un fait tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire (Soc., 9 mars 2011, pourvoi n° 09-42.150, Bull. V, n° 69), sauf s'il constitue un manquement du salarié à ses obligations professionnelles (Soc., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-45.256, Bull. V, n° 160), ou découlant de son contrat de travail (Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-67.464, Bull. V, n° 105 ; Soc., 27 mars 2012, pourvoi n° 10-19.915, Bull. V, n° 106). Il peut toutefois être sanctionné par un licenciement pour motif personnel non disciplinaire s'il crée un trouble caractérisé au sein de l'entreprise (Soc., 22 janvier 1992, pourvoi n° 90-42.517, Bull. V, n° 30 ; Soc., 9 mars 2011, n° 09-42.150, op. cit. ; Soc. 28 avril 2011, pourvoi n° 09-67.037).

Cette jurisprudence est appliquée dans l'hypothèse d'une suspension du permis de conduire. Ainsi le trouble objectif causé à l'entreprise du fait de la suspension du permis de conduire du salarié peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement dans l'hypothèse où le salarié n'est plus en mesure d'effectuer sa prestation de travail du fait de cette suspension (Soc., 15 avril 2016, n° 15-12.533 ; Soc., 9 novembre 2017, pourvoi n° 16-14.407 ; Soc., 28 novembre 2018, pourvoi n° 17-15.379, P+B). Mais est sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié prononcé pour faute au motif de la suspension de son permis de conduire dès lors que le manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail n'est pas établi (Soc., 3 mai 2011, pourvoi n° 09-67.464, op. cit ; Soc., 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-14.179).

En l'espèce, il n'est pas discuté que l'assermentation prévue par l'article 23 de la loi du 15 juillet 1845, alors applicable, était une condition d'exercice des fonctions d'animateur agent mobile de Mme Y... et par conséquent de son admission définitive en cette qualité dans le cadre permanent de la RATP, ainsi que le rappelait l'annexe 2 à son contrat de travail, à l'article II - Période de commissionnement - , en ces termes (cf. arrêt cour d'appel de Paris du 21 janvier 2015 et prod MD n° 7) :

« Vous êtes informé que votre admission définitive dans le cadre permanent de la RATP, telle qu'elle est définie au titre II du Statut du personnel, sera subordonnée à :

- l'obtention de votre assermentation (prestation de serment devant le tribunal de grande instance de Paris

A ce titre, vous déclarez sur l'honneur remplir toutes les conditions pour obtenir votre assermentation, à savoir notamment aucune inscription au bulletin N° 2 du casier judiciaire que vous vous engagez à fournir [...]

- l'avis favorable du département Métros Espace et Service ».

Il ressort des constatations des juges du fond que l'employeur s'est chargé de l'organisation de la formalité d'assermentation, en faisant parvenir à la salariée à cette fin une convocation devant le tribunal de grande instance.

Il est tout aussi constant que si la « décision » (non juridictionnelle) du tribunal de ne pas assermenter la salariée n'a pas été contestée par celle-ci, l'employeur n'a pas effectué de

démarches pour faire convoquer à nouveau la salariée à une seconde audience de prestation de serment, étant rappelé qu'il était informé du motif du refus d'assermentation, et qu'il a fait le choix de la licencier pour faute.

C'est au regard de l'ensemble de ses observations qu'il conviendra d'apprécier si la décision de l'autorité judiciaire était susceptible de fonder le licenciement disciplinaire de la salariée.