

# La liberté religieuse sur les lieux de travail (publics et privés)

par *Claire BRICE-DELAJOUX*,

Maître de conférences en droit public à l'Université d'Evry-Val-d'Essonne

## PLAN

### I. La liberté de croire

- A. Une liberté en principe très bien protégée...
- B. ...sous réserve du cas particulier des salariés de droit privé recrutés par des entreprises de tendance

### II. La liberté d'exprimer sa foi

- A. Dans la fonction publique : l'expression du culte s'efface devant le principe de laïcité
- B. Dans l'entreprise privée : un principe de protection de la liberté de culte en pratique largement entamé
- C. Des éléments de convergence dans la gestion des demandes d'absence pour cause religieuse : la prise en compte du bon fonctionnement du service ou de l'entreprise

**Les lieux de travail correspondent à des endroits où les individus passent en pratique une très grande partie de leur temps. Il est donc légitime de s'intéresser à la façon dont leurs droits fondamentaux s'y exercent. En réalité, des restrictions particulières vont s'y développer pour tenir compte d'impératifs dont la nature varie selon que ces lieux de travail relèvent du droit privé ou du droit public (I).**

**En droit français, la liberté religieuse constitue un droit fondamental à certains égards particulièrement touché par ces restrictions. C'est ce que nous allons pouvoir observer en distinguant les deux volets que recoupe cette liberté : celle, d'une part, de choisir sa religion et de la vivre dans son for intérieur, manifestation de la liberté de conscience (I). D'autre part, la liberté d'exercer les rites liés à cette religion qui correspond à une manifestation de la liberté d'expression (II).**

## I. La liberté de croire

C'est une liberté en théorie très bien protégée (A), sous réserve du cas particulier des salariés de droit privé recrutés par des entreprises de tendance (B).

### A. Une liberté en principe très bien protégée...

La liberté de choisir sa religion et de la vivre dans son for intérieur est juridiquement assimilable à la liberté de conscience. Elle bénéficie d'une protection très forte tant pour les agents publics que pour les salariés de droit privé. Cette situation est aisément compréhensible, l'exercice de cette liberté s'avérant en principe comme neutre pour l'employeur.

**1.** Le droit positif est particulièrement nourri pour protéger ce droit.

L'article 10 de la DDHC de 1789 dispose que : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». L'alinéa 5 du préambule de la Constitution de 1946, spécifiquement relatif au travail, indique : « *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de*

*ses opinions ou de ses croyances* ». En vertu de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (...)* ». Quant à l'article 14 de la CEDH, il prohibe les discriminations. L'article 18 du Pacte relatif aux droits civils et politiques met l'accent davantage sur le volet personnel de la liberté religieuse. Il prévoit : « *1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction (...)* ».

En ce qui concerne les normes prises par le législateur français, l'article L. 1132-1 du Code du travail (ancien article L. 122-45 avant le 1<sup>er</sup> mai 2008) interdit toute discrimination lors du recrutement, de l'accès au travail ainsi que dans l'exercice de ce travail, ses conditions ou sa rémunération en raison notamment des convictions religieuses. Cette protection est renforcée par l'article 225-2 du Code pénal qui prévoit des sanctions pénales en cas de discrimination. Quant aux fonctionnaires, l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant titre 1<sup>er</sup> du statut général des fonctionnaires

(1) Il est exclu ici d'entrer dans les subtilités du droit de la fonction publique qui offre parfois des contrats de droit privé. Nous opposerons, de façon simplifiée, les agents publics – qui

travaillent pour une personne publique investie d'une mission de service public – aux salariés de droit privé – intervenant dans le cadre de structures de droit privé.

dispose : « *Aucune distinction ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses* ».

2. Ce dispositif juridique conduit à une protection quasiment absolue et commune à la fonction publique et au droit du travail s'agissant de la liberté de choisir ses options religieuses et de les vivre dans l'intimité de sa conscience.

Il est ainsi interdit de gérer le recrutement et la carrière des agents publics en fonction de leur choix ou non choix religieux (2).

Dans l'entreprise, cette protection est rappelée par exemple dans une délibération rendue par la Haute autorité de lutte contre les discriminations (Halde) le 14 janvier 2008. Celle-ci indique que « *dans les entreprises qui n'ont pas de finalités religieuses, les questions de l'employeur portant sur la religion ou les convictions religieuses des candidats à un emploi ne répondent en principe à aucune des deux conditions posées à l'article L. 121-6 du Code du travail* » (3). Ainsi, la Halde rappelle « *qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison de ses convictions religieuses* » (4).

On peut ajouter que pour renforcer l'efficacité du dispositif de protection, la loi du 16 novembre 2001 (5) modifie les règles de la preuve. Ainsi, la victime d'une discrimination doit présenter au juge pénal des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il appartient alors au recruteur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Ce haut niveau de protection, dans cette conception la plus réduite de la liberté religieuse, trouve une exception.

## **B. ...sous réserve du cas particulier des salariés de droit privé recrutés par des entreprises de tendance**

Les entreprises dites de tendances sont celles dans lesquelles est expressément prônée une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique. Ces

entreprises sont fondées sur la défense ou la promotion d'une doctrine ou d'une éthique qui va justifier que le recrutement et la gestion des salariés s'effectuent en cohérence avec ces dernières.

Relèvent de cette forme d'entreprise les paroisses religieuses, les établissements scolaires religieux, des associations, etc.

Les discriminations peuvent alors être autorisées comme le prévoit explicitement l'article 4 § 2 de la directive du 27 novembre 2000 (6).

La jurisprudence fut d'abord incarnée en ce domaine par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation validant le licenciement par un établissement scolaire privé et catholique d'une enseignante qui s'était remariée après avoir divorcé, méconnaissant en cela la doctrine de l'Église en la matière (7). La Cour indiquait ainsi que « *dans des circonstances très exceptionnelles, les convictions du salarié peuvent être prises en compte lors de la conclusion du contrat de travail, que cet élément a été intégré dans le contrat dont il est devenu partie essentielle et déterminante* ». Ainsi, s'agissant du sort alors réservé à l'article L. 122-45 (L. 1132-1) du Code du travail, la Cour de cassation estimait que ce texte ne s'appliquait pas lorsque l'activité demandée au salarié consistait en une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur (8).

Pour justifier aujourd'hui un licenciement fondé sur une différence de vues salarié/employeur dans ce cadre, la Cour de cassation s'est assouplie au bénéfice de la liberté de conviction du premier. Elle considère que le licenciement « *doit être fondé sur une cause objective reposant sur le comportement du salarié qui, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* » (9). Autrement dit, le comportement du salarié doit avoir porté, par son exemple, un préjudice à l'entreprise.

(2) Censure d'un refus de titularisation dans la fonction publique en raison de convictions religieuses : CE, 8 déc. 1948, *Demoiselle Pasteau*, RDP 1949, p. 73.

(3) L'article L. 1221-6 nouveau du Code du travail prévoit que l'entretien d'embauche doit viser à évaluer la capacité du demandeur à occuper un emploi proposé et ses aptitudes professionnelles.

(4) En l'occurrence, refus de recruter un animateur de camp de vacances pour cause de consommation de viande halal et donc de non-partage avec les enfants de l'ensemble de leurs repas.

(5) loi n° 2001-1066 complétant et modifiant l'article L. 122-45 du Code du travail.

(6) Directive du Conseil 2000/78/CE

(7) Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, Bull. Ass. plén. 1978, n° 1 ; Dalloz 1978, jurisp., p. 541, note V. Ardant.

(8) Cass. Soc., 20 nov. 1986, Droit social 1987, p. 379, note J. Savatier

(9) Cass. Soc., 17 avr. 1991, Droit social 1991, p. 489, note J. Savatier, Dr. Ouv. 1991 p. 202, note P. Bouaziz. Cette évolution de la jurisprudence nous semble beaucoup plus conforme à la vision qu'a la CEDH face à ce type de contentieux qu'elle traite davantage sur le terrain de l'article 8 de la Convention EDH : Cour EDH, 23 sept. 2010, deux affaires, *Obst c/ Allemagne* et *Schmit c/ Allemagne*, req. nos 425/03 et 1620/03.

## II. La liberté d'exprimer sa foi

Ce second volet de la liberté religieuse conduit à diverses manifestations possibles. L'article 9 de la CEDH précise que la liberté religieuse implique notamment celle « (...) 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 ».

On peut classer ces manifestations de la liberté de culte en deux catégories. Celles, d'abord, qui s'expriment par la seule action de celui qui en fait le choix. C'est l'exemple du port d'un signe ou d'un vêtement qui symbolise le rattachement à un culte. Celles, ensuite, qui supposent une action positive de l'employeur, qu'il soit public ou privé, à la demande du salarié. Cela vise l'hypothèse où le chef d'entreprise est sollicité pour des autorisations d'absence spéciales pour cause de fêtes religieuses ou la mise à disposition de salles de prière ou encore, en cas de restauration collective, de repas adaptés aux diverses prescriptions religieuses.

Toutes ces demandes conduisent à une visibilité religieuse de ceux qui s'en réclament, ce qui pose la question de leur compatibilité avec le monde du travail.

On constate sur cette question une approche *a priori* radicalement différente selon que l'on se situe dans la fonction publique ou dans l'entreprise privée. Ainsi, dans la fonction publique, l'expression culturelle des agents publics est sacrifiée sur l'autel de la laïcité (A). A l'inverse, dans l'entreprise privée, s'applique un principe de reconnaissance de la liberté de culte, même si celle-ci se trouve largement malmenée en pratique (B). Pourtant, il existe un point au moins de convergence dans les gestions publique et privée de la demande religieuse, c'est celui des autorisations d'absence (C).

### A. Dans la fonction publique : l'expression du culte s'efface devant le principe laïcité

1. L'Etat est tenu, vis-à-vis des religions, à un principe de neutralité qui renvoie à l'exigence constitutionnelle de laïcité. La loi de 1905 dite de séparation entre l'Etat et l'Eglise, affirme que l'Etat ne privilégie aucune religion pour garantir à chacun le libre exercice de tous les cultes sous réserve du respect de l'ordre public. Ces principes de neutralité et de laïcité s'imposent à toutes les représentations publiques et donc, en particulier, aux services publics et aux agents qui y collaborent.

La conséquence en est que le droit de manifester leurs convictions religieuses pour les agents publics et assimilés est mis en échec par lesdits principes. Ceux-ci doivent incarner l'impartialité de l'Etat et de la République. L'idée, au fond, est que les usagers n'ont pas à être confrontés aux choix religieux des agents publics afin de préserver la neutralité de l'Etat vis-à-vis de toutes les religions.

2. Cette vision s'est essentiellement heurtée aux signes et tenues vestimentaires témoignant le rattachement à un culte et en particulier à ce qu'on appelle communément le « *voile islamique* ».

Cette position, rigoureuse, et semble-t-il générale, est incarnée par le fameux avis contentieux du Conseil d'Etat rendu en 2000 au sujet d'une enseignante, Mlle Marteaux (10). Il y est indiqué que « *le fait pour un agent public de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations* ». Cette ligne a fait l'objet de quelques applications (11).

L'interdiction des manifestations religieuses par les agents publics est également illustrée par la prohibition qui leur est faite de se livrer au prosélytisme auprès des usagers qui constitue un manquement à l'honneur (12). Dans la même logique, est un manquement à la neutralité de l'agent public le fait de faire apparaître son adresse électronique professionnelle sur un site de prosélytisme religieux (13).

Même dépourvue de valeur juridique contraignante, la charte de la laïcité, texte élaboré à la demande du chef de l'Etat en janvier 2007 par le Haut conseil de l'intégration, reprend la vision stricte du Conseil d'Etat sur ce point. Son article 2 prévoit que « *le fait pour un agent public de manifester ses convictions religieuses dans l'exercice de ses fonctions constitue un manquement à ses obligations* ».

L'état du droit semble clair et arrêté : les agents publics verraient en toutes circonstances les manifestations de leur choix religieux mises en échec par le principe de laïcité.

La réalité est plus complexe.

Nous verrons plus tard que la laïcité n'empêche pas les agents publics d'obtenir, par exemple, des autorisations d'absence pour cause de fêtes religieuses.

(10) CE, Avis du 3 mai 2000, AJDA 2000, p. 602, chron. Guyomar et Colin.

(11) TA Paris, 17 oct. 2002, AJDA 2003, p. 99, note Monteclerc, validant le non-renouvellement du contrat d'une assistante sociale d'un centre d'accueil et de soins hospitaliers qui

refusait d'enlever son voile ; CAA Lyon, 27 nov. 2003, *Ben Abdallah*, RFDA 2004, conclusions Kolbert, relatif à une contrôlease du travail portant également le voile islamique.

(12) CE, 19 fév. 2009, recours n° 311633.

(13) CE, Section, 15 oct. 2003, *Odent*, recours n° 246214.

La porte n'est donc pas totalement verrouillée – mais on comprend bien que, dans ce dernier cas, l'expression du culte s'effectue hors du cadre du service.

Ainsi, s'interroge-t-on sur le caractère général de l'interdiction de manifester sa religion par des indices vestimentaires. Il n'est pas exclu que cette radicalité soit un jour remise en cause par la Cour européenne des droits de l'Homme. Certes, cette dernière considère la défense de la laïcité comme un objectif conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention européenne des droits de l'Homme. Le but de la restriction ainsi opposée à la liberté garantie par l'article 9 de la CEDH réside dans la protection des droits et libertés d'autrui et l'ordre public. La Cour laisse en outre aux Etats parties à la Convention une marge de manœuvre importante pour préserver leur modèle relationnel avec les religions. Cette ouverture au principe de laïcité – qui n'est pas un principe expressément reconnu dans la Convention européenne des droits de l'Homme – dans le but d'apporter des restrictions à la liberté religieuse est parfaitement exposée dans l'affaire jugée par la Cour de Strasbourg en 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie* (14). Pour autant, cette juridiction n'en reste pas moins très pointilleuse sur le caractère justifié et proportionné de ces restrictions par rapport au but recherché (15).

En quoi la question de l'expression du culte par les agents travaillant dans des services publics en France nous semble-t-elle susceptible d'assouplissements ? De quoi disposons-nous dans cette réflexion ?

Dans le cadre scolaire – hors université –, le droit est clair : l'interdiction des signes religieux s'impose autant aux élèves (16) qu'aux enseignants. On peut sans difficulté considérer que tout adulte lié à cet univers (en dehors des parents accompagnateurs (17)) est contraint par cette neutralité tant l'école est perçue comme le lieu par excellence dans lequel les jeunes esprits doivent être initiés aux valeurs de la République. Tout signe religieux porté par un adulte, même non enseignant, pourrait venir troubler ce cadre.

Qu'en est-il des autres services publics ? La motivation de la Cour administrative d'appel de Lyon en 2003 relative à une contrôleuse du travail (18) est particulièrement intéressante. La Cour y précise que « le

*fait, pour un agent public, quelles que soient ses fonctions, de manifester dans l'exercice de ces dernières ses croyances religieuses (...) constitue un manquement à ses obligations professionnelles et donc une faute ».* Pourtant, pour apprécier la gravité de cette faute et corrélativement la pertinence du choix de la sanction, la Cour indique tenir « *compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et entre autres, de la nature et du degré du caractère ostentatoire de ce signe (en l'occurrence un voile), de la nature des fonctions confiées à l'agent, ainsi que de l'exercice par lui soit de prérogatives de puissance publique, soit de fonctions de représentation ».*

Cette démarche rappelle l'évaluation de l'obligation de neutralité et de réserve de l'agent public dont l'intensité varie selon sa position dans le service. Plus l'agent est haut placé dans la hiérarchie administrative, plus l'expression de ses opinions est considérée comme incarnant la position officielle du service, ce qui augmente, par voie de conséquence, son obligation de neutralité. Quant aux fonctions de représentation, on comprend que l'exigence de laïcité trouve ici toute sa justification puisque le sens ultime de ce principe réside, il faut le redire, dans la non-exposition des usagers aux options religieuses des agents publics pour qu'ils se sentent parfaitement libres de faire leurs propres choix en la matière (19). Sauf que la Cour ne recourt à ces critères que pour évaluer la légalité du choix de la sanction et non pour déterminer si l'expression religieuse constitue ou non un manquement.

Cette position ne semble pas incontestable. Ne faudrait-il pas atténuer l'interdiction de l'expression du choix religieux pour les agents publics dès lors qu'ils occupent des fonctions subalternes, mais surtout lorsqu'ils ne sont pas en lien avec les usagers ?

Ainsi peut-on s'interroger sur la légalité du licenciement d'une doctorante travaillant dans un laboratoire du CNRS de l'Université de Toulouse, allocataire de recherche, et qui n'effectuait aucun service d'enseignement, licenciement justifié par le port de « *foulard islamique* ». Le Tribunal administratif de Toulouse a rejeté sa requête accessoire tendant à obtenir la suspension de cette sanction (20) dans un jugement du 17 avril 2009 (21),

(14) Cour EDH, Grande chambre, 10 nov. 2005, aff. n° 44774/98.

(15) Cela apparaît clairement par exemple dans la décision de la Cour EDH, 15 fév. 2001, Mme *Dahlab c/ Suisse*, aff. n° 42393/98.

(16) Loi du 15 mars 2004 prohibant le port ostensible de signes ou tenues manifestant une religion dans les écoles, collèges et lycées publics.

(17) La Halde considère que les parents accompagnateurs ne sont concernés ni par l'interdiction qui touche les élèves d'arborer des signes religieux à l'école en vertu de la loi de 2004, ni par le principe de neutralité qui s'impose aux agents publics : délibération relative au principe de laïcité concernant une interdiction de port de signe religieux pour les parents

accompagnateurs de sorties scolaires n° 2007-117 du 14 mai 2007.

(18) CAA de Lyon, 27 nov. 2003, préc.

(19) C'est également ce que rappelle le TA de Paris dans l'affaire jugée le 17 oct. 2002, préc. en précisant que le but du fait de ne pas laisser l'assistante sociale porter un « foulard islamique » était de « protéger les usagers du service de tout risque d'influence ou d'atteinte à leur propre liberté de conscience ».

(20) Le recours en annulation au fond (recours n° 09-1425) n'a à ce jour toujours pas été jugé.

(21) TA de Toulouse, ord. du 17 avril 2009, recours n° 09-1424.

aucun des moyens invoqués n'étant « *de nature à faire naître un doute quant à la légalité de la décision attaquée* ». Pour autant, la solution paraissait loin d'être évidente. D'une part, l'obligation de réserve et de neutralité ne s'impose pas aux enseignants chercheurs, leur public étant censé être doté d'un esprit critique suffisant pour ne pas sentir de pression ou de restriction à leur propre liberté. On doit donc certainement considérer que l'interdiction de manifester ses choix religieux ne leur est pas opposable. Certes, une allocataire de recherche n'est pas un enseignant chercheur. Mais, par ailleurs, les étudiants de l'université ne sont pas soumis à la loi de 2004 et, en outre, la jeune doctorante n'avait pas accepté de charge d'enseignement de telle sorte que son travail de thèse s'effectuait entre elle-même et son directeur de thèse. Où était la nécessité de protéger la laïcité au sens de la liberté de choix religieux des usagers du service public ?

Ces longs développements nous montrent que la liberté d'expression religieuse dans la fonction publique pourrait être moins étouffée par le principe de laïcité qu'elle ne l'est aujourd'hui si l'on revenait au sens dudit principe.

Certes, la chose pourrait être plus compliquée à gérer pour les chefs de service, mais s'agissant de protéger une liberté constitutionnellement et conventionnellement garantie, on peut admettre que si l'agent public travaille de façon permanente hors de la vue des usagers, il n'y a aucun risque pour lui de véhiculer un quelconque message à destination de ces derniers. La laïcité est insusceptible d'être menacée. Cela concernerait assez peu d'agents publics, d'autant plus qu'il ne faudrait pas qu'il y ait d'autres obstacles, comme ceux tirés de la protection de la santé, de l'ordre public ou encore un comportement prosélyte qui pourrait affecter les autres agents du service.

## **B. Dans l'entreprise privée : un principe de protection de la liberté de culte en pratique largement entamé**

1. Le principe, protecteur de la liberté de culte, a notamment été rappelé dans une délibération de la Halde du 3 mars 2008 (22). Le contexte de cette délibération est très instructif : une entreprise de la grande distribution envisageait d'intégrer dans son règlement intérieur l'interdiction, pour tous les salariés, du port d'un signe religieux ou politique. L'entreprise

motivait sa démarche par une volonté d'imposer une neutralité dans l'expression des convictions et opinions des salariés pour garantir le respect des opinions et convictions des clients, partenaires et de l'ensemble des collaborateurs au sein du collectif de travail.

La Halde affirme solennellement que le principe de laïcité ne s'applique pas dans l'entreprise en l'absence de dispositions juridiques expresses en ce sens. Ainsi, serait contraire au droit et notamment aux articles 34 de la Constitution (23) et 9 de la CEDH une interdiction générale et absolue pour tous les salariés de l'entreprise de manifester leur religion sur leur lieu de travail en l'absence de tout dispositif législatif l'autorisant.

L'autorité administrative indépendante rappelle toutefois à l'employeur l'article L. 1121-1 du Code du travail qui permet d'apporter des restrictions aux libertés des salariés pour autant que celles-ci apparaissent justifiées et proportionnées à la nature des tâches à accomplir.

A ce stade, notons que le rapport de subordination est très fort dans le lien contractuel avec des impératifs de temps et de lieu, de telle sorte que les exigences de l'entreprise peuvent justifier d'importantes restrictions aux pratiques religieuses. La Halde indique des pistes précises fondant de telles restrictions, comme les exigences de sécurité, de santé, d'hygiène, l'existence d'une relation commerciale entre le salarié et le client, ou encore les impératifs liés au fonctionnement de l'entreprise.

Une autre délibération de la Halde du 9 avril 2009 ajoute, au titre des fondements possibles aux limitations dans l'entreprise de l'expression culturelle des salariés, « *l'abus du droit d'expression, la prosélytisme ou les actes de pression à l'égard d'autres salariés* » (24).

### **2. Quelle est la réalité de ces restrictions ?**

S'agissant de la sécurité, elle est érigée en dogme au sein de l'entreprise de telle sorte que l'expression culturelle des salariés n'a plus lieu d'être. Cette dernière s'efface et sa revendication devient alors méconnaissance des obligations du salarié.

On peut citer le cas d'une monitrice sport et loisirs recrutée par une association pour encadrer et s'occuper d'enfants autistes pour une semaine estivale et qui, faisant savoir son refus de se baigner avec les enfants lors d'une sortie prévue dans un parc aquatique pour raisons religieuses, fut licenciée. La Halde, saisie par la

(22) Délibération n° 2008-32. D'autres délibérations ont réitéré les mêmes principes : Délibération n° 2009-22 du 26 janv. 2009 relative à une clause du règlement intérieur d'une entreprise visant à réglementer les tenues vestimentaires et le port de signes religieux ; ou encore la Délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009 relative aux règles fixées par la loi et la jurisprudence pour l'expression religieuse dans l'entreprise.

(23) Article 34 de la Constitution qui prévoit que seul le législateur est compétent pour restreindre l'exercice des libertés publiques.

(24) Délibération préc. n° 2009-117.

jeune femme, indique que la rupture du contrat est justifiée par l'impératif de sécurité pour les enfants lors de la baignade et qu'il s'agit là d'un objectif étranger à toute discrimination (25).

S'agissant des restrictions liées à la nature de la tâche à accomplir, l'intérêt de l'entreprise est mis en exergue. Est ici prise en considération l'image de marque de l'entreprise. La jurisprudence exige, conformément à l'article L. 1121-1 du Code du travail, que la mesure restrictive de liberté soit proportionnée au but recherché.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris a-t-elle validé le licenciement d'une vendeuse dans un centre commercial porteuse d'un « *voile islamique* » en s'appuyant sur le fait que celle-ci était en contact direct avec la clientèle, d'une part, et, d'autre part, que l'entreprise était seule « *apte à juger de l'apparence d'une vendeuse en contact avec la clientèle* ». Le juge a ainsi considéré qu'il y avait là une cause objective de licenciement liée à l'intérêt de l'entreprise (26).

A *contrario*, dans une autre affaire, cette même Cour d'appel (27) déclare sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'une salariée portant un « *voile islamique* » dès lors que celle-ci n'était pas en lien direct avec la clientèle. Il faut donc pour l'entreprise que l'expression religieuse du salarié lui cause un trouble caractérisé.

Le juge apprécie ces affaires de façon très pragmatique, au cas par cas, modulant sa position parfois seulement au regard de la bonne ou mauvaise volonté de l'entreprise à trouver des solutions de conciliation avec le(a) salarié(e). Le juge exige finalement de l'employeur qu'il démontre que l'atteinte portée au droit

de manifester sa religion est fondée sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (28).

Globalement, l'image de l'entreprise peut ainsi être invoquée dès lors que l'employé est en lien avec la clientèle. Ce type de fonction permet à l'employeur d'exiger de ses salariés de la discrétion dans la manifestation de leurs convictions religieuses, ce qui n'est pas sans rappeler l'obligation de neutralité des agents publics, bien que la finalité soit différente.

Enfin, l'employeur peut également restreindre l'expression religieuse de ses salariés en cas d'abus par ces derniers dans leur droit d'expression, de prosélytisme ou d'actes de pression à l'égard des autres salariés, étant entendu que le seul port d'un signe religieux n'est pas en principe constitutif d'un tel comportement. La particularité de ces situations réside dans le fait qu'en de telles circonstances, ce n'est pas l'image de l'entreprise qui est concernée, mais la protection des autres salariés, notamment au travers de l'obligation qu'a l'employeur de garantir sur le lieu de travail la santé physique et mentale de ses salariés ainsi que de lutter contre le harcèlement moral (29).

On observe ainsi que la réalité penche au final davantage vers la préservation de l'intérêt de l'entreprise, cet intérêt étant conçu largement (30). Ainsi, la jurisprudence considère-t-elle que les salariés n'ont pas à exiger de leur employeur le respect de leurs convictions religieuses. Il y a donc en pratique une sorte d'inversion entre le principe et l'exception.

C'est le sens de la jurisprudence dite du « *boucher mahorais* » dans laquelle la Cour de Cassation considère

(25) Délibération n° 2006-242 du 6 nov. 2006.

(26) CA Paris, 16 mars 2001, *Mme Charmi c/ SA Hamon*, Bull n° 54, p. 37.

(27) CA Paris, 19 juin 2003, *Sté Téléperformance c/ Tahri*, RJS 2003, n° 1116.

(28) Arrêt préc. de la CA de Paris, 19 juin 2003.

(29) articles L. 4121-1 et L. 1152-4 du Code du travail

(30) Sans compter que certaines réalités s'avèrent parfois complexes. Ainsi doit-on accorder une attention particulière à une affaire qui vient d'être jugée par le Conseil des prud'hommes de Mantes-la-Jolie, 13 décembre 2010, *Mme Afif c/ Association Baby Loup*, affaire n° 10/00587. Le juge devait statuer sur la validité du licenciement d'une salariée d'une crèche associative – donc privée – en 2008, salariée portant un « *voile islamique* ». L'affaire trouvait ses difficultés dans le fait que la Halde, saisie à cette occasion, a considéré en mars 2010 que ce licenciement était discriminatoire, position sur laquelle l'Autorité administrative indépendante souhaitait revenir, sa nouvelle et désormais ex-présidente ayant œuvré pour que l'affaire puisse être réexaminée. Une autre appréciation pouvait effectivement être portée sur la validité de ce licenciement, les particularités de l'espèce étant, sur plusieurs plans, de nature à pouvoir fonder une restriction à l'expression religieuse de la salariée. La presse révèle que cette dernière arborait en tout dernier lieu un voile particulièrement couvrant ne laissant apparaître son visage que de façon réduite. Ce vêtement ne doit-il pas être considéré comme affectant la façon dont doit se faire le lien

physique entre de très jeunes enfants et les assistantes maternelles et éducatrices de jeunes enfants dans une crèche ? Cette donnée pourrait conduire à penser que ce vêtement spécifique – qui n'est pas un simple voile – n'est pas compatible avec la nature des fonctions de la salariée et la mission de l'association. D'autre part, ces mêmes sources, qui révèlent un conflit qui s'est progressivement durci entre la requérante et son employeur, précisent que la première a évolué, sur le plan personnel, vers un positionnement religieux de plus en plus radical, envisageant, quelque temps avant le licenciement, que les enfants soient réveillés pour des temps de prière. A l'évidence, et même si cette demande n'a pas été suivie d'effet, ce dernier élément nous semble caractériser une démarche de nature prosélyte d'autant plus problématique qu'il s'adresse en l'occurrence à un public infantin. On voit que les éléments particuliers ne manquent pas dans cette affaire pour fonder juridiquement le choix de l'employeur de s'opposer à l'expression culturelle de cette salariée. Pour compliquer l'affaire un peu plus, il apparaît que cette crèche, ouverte 24 heures sur 24, 7 jours sur 7 et financée à plus de 80% par des fonds publics, doit assurément être considérée comme assurant une mission de service public. C'est la position retenue par le juge prud'homal. Il en a déduit que la faute lourde de la requérante pouvait être retenue en raison notamment de son refus persistant de respecter le règlement intérieur de l'association qui imposait le respect de la neutralité et de la laïcité au personnel de l'institution à l'instar de ce qui s'impose dans tout service public.

que l'employeur n'était pas tenu de répondre favorablement à une demande de changement de poste motivée par les convictions religieuses de son salarié (31). En effet, le fait religieux n'étant pas inséré dans le contrat de travail, l'employeur n'avait pas à modifier l'organisation de l'entreprise pour répondre à la demande confessionnelle de son salarié.

Ainsi, les pratiques ponctuelles de mise à disposition de salles de prière assorties d'horaires aménagés ou la prise en compte dans une restauration collective proposée par l'employeur de prescriptions alimentaires religieuses ne correspondent à aucune obligation légale mais résultent de la seule bonne volonté des employeurs (et éventuellement de l'intérêt de l'entreprise, en termes de paix sociale et d'efficacité, au travail de ses salariés). De telles pratiques s'observent essentiellement dans de grosses entreprises de production (exemple des usines PSA qui ont intégré ces besoins depuis longtemps).

La même logique de priorité aux besoins de l'entreprise se dessine s'agissant de la gestion des demandes de jours de congés. Sur ce point, on entre sur un terrain où apparaissent de vraies convergences avec la prise en compte de cette question pour les agents publics.

### **C. Des éléments de convergence dans la gestion des demandes d'absence pour cause religieuse : la prise en compte du bon fonctionnement du service ou de l'entreprise.**

Le critère de décision dans ce type de situation réside dans la prise en compte du bon fonctionnement du service ou de l'entreprise.

L'image de l'entreprise ou le message véhiculé par le service n'est plus en jeu s'agissant de telles demandes puisque, par hypothèse, le culte sera exercé dans un cadre privé, extérieur au lieu de travail et sur un temps qui n'est plus celui du travail.

La liberté de culte reprend-elle alors quelque peu ses droits ?

1. Dans le secteur public, la question n'est régie que par circulaire du ministre de la Fonction publique du

23 septembre 1967 qui indique « *qu'il appartient aux chefs de service d'accorder aux agents, qui désirent participer aux cérémonies célébrées à l'occasion des principales fêtes propres à leur confession, les autorisations d'absence nécessaires dans la mesure où toutefois leur absence demeure compatible avec le fonctionnement normal du service* ». Ce principe est rappelé chaque année par circulaire ministérielle, laquelle fournit la liste des principales fêtes religieuses des cultes orthodoxe, israélite, musulman et bouddhiste (32). Des autorisations sont possibles au-delà de ces dates.

Sur le fond, des autorisations d'absence pour motifs religieux peuvent être accordées si elles sont compatibles avec le fonctionnement normal du service, qui reste prioritaire. Ainsi, le refus opposé à un agent d'un service public de s'absenter pour fréquenter un lieu de culte à des horaires auxquels sa présence est nécessaire pour le fonctionnement normal du service ne constitue pas une atteinte manifestement illégale à la liberté de pratiquer la confession de son choix (33).

2. Dans le secteur privé, l'approche est très semblable. Le Code du travail ne mentionne que les fêtes légales correspondant aux fêtes chrétiennes. Il n'existe donc aucun encadrement juridique. L'employeur décide d'accorder ou de refuser de telles demandes en fonction de leur compatibilité avec l'intérêt de l'entreprise. Ce qui est impératif, c'est que le salarié fasse une demande formelle. Il est toujours fautif de s'être arrogé un droit d'absence même pour motif religieux (34).

Par ailleurs, le contrat de travail peut prendre en compte les revendications religieuses des salariés (clauses autorisant les prières à heures fixes ou facilités d'absence pour les grandes fêtes religieuses) mais cela doit faire l'objet d'une négociation et ne constitue pas une obligation pour l'employeur.

Ainsi, tant le chef de service que l'employeur privé disposent d'une marge de manœuvre importante, de telle sorte que ces autorisations ne sont jamais un droit.

**Claire Brice-Delajoux**

*Le 17 décembre 2010.*

(31) Cass. soc., 24 mars 1998, Bull., soc. n°171. Dans cette affaire, qui trouve son origine dans une grande surface d'alimentation, le salarié du rayon boucherie, réalisant – au bout de deux ans – qu'il manipulait de la viande de porc, ce qu'il estimait être contraire aux prescriptions de sa religion, avait demandé à son employeur sa mutation.

(32) Circulaire n° 2010-060 du 7 mai 2010 fixant le calendrier des fêtes religieuses de l'année civile 2010 pour lesquelles les autorisations d'absence peuvent être accordées.

(33) CE, ord. de référé, 16 mars 2004, *Benaïsse*, req. n° 264314.

(34) Mais cette faute ne constitue pas nécessairement une cause réelle et sérieuse propre à justifier un licenciement : Cass. soc., 16 déc. 1981, *Dame B.*, Bull. soc. n° 968.