

La discrimination voilée

(Ass. plén. 25 juin 2014, *Baby-Loup*)

par Cyril WOLMARK,

Professeur à l'Université de Paris-Ouest Nanterre-La Défense

PLAN

- I. L'ajet de la qualification d'entreprise de conviction
- II. L'atteinte à la liberté religieuse
- III. Le silence sur la discrimination en raison des convictions religieuses

Les formations les plus solennelles de la Cour de cassation ne rendent pas toujours de grands arrêts. Formulée à la lecture de l'arrêt du 25 juin 2014 (1), cette observation ne porterait guère à conséquences si l'affaire portée devant l'Assemblée plénière n'était pas elle-même une grande affaire, celle de la crèche Baby Loup. Dans la série judiciaire Baby Loup, le cinquième épisode joué par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'a, en effet, pas été à la hauteur des précédents (2). Rappelons brièvement les temps forts de cette affaire, dans laquelle une salariée musulmane d'une crèche privée qui revendiquait la laïcité et la neutralité dans l'ensemble de ses activités a été licenciée pour avoir refusé d'ôter son foulard (3).

Le Conseil des prud'hommes de Mantes-la-Jolie, première juridiction ayant à connaître du litige, considéra que la crèche accomplissait une activité de service public et pouvait donc contraindre la salariée à retirer le signe religieux qu'elle portait (4). Immédiatement saisie, la Cour d'appel de Versailles rendit un arrêt confirmatif, mettant en avant l'obligation de neutralité prévue par le règlement intérieur, obligation que la crèche employeur pouvait, eu égard à son objet et ses activités, imposer à la salariée (5). La Chambre sociale de la Cour de cassation cassa ensuite cet arrêt et annula le licenciement (6). Pour ce faire, d'une part, elle repoussa l'application du principe de laïcité dans une entreprise privée qui ne gère pas un service public. D'autre part, elle soumit les restrictions à la liberté religieuse à la double exigence de justification par la nature de la tâche et de démonstration d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, double exigence non satisfaite en l'espèce. La Cour d'appel de Paris, sur renvoi après cassation, entra alors en résistance et valida le licenciement de la salariée (7). Aux termes d'un raisonnement dense, la Cour d'appel jugea que l'association constituait

une entreprise de conviction « *en mesure d'exiger la neutralité de ses employés* ». Cet engagement en faveur de la neutralité était justifié, selon la Cour d'appel de Paris, tant par des considérations liées à l'objet et à la mission de l'association que par des principes généraux tenant aux droits de l'enfant et au respect de la pluralité des opinions des adultes. Une fois admise la qualification d'entreprise de conviction, la faute grave liée au non-respect de la clause de neutralité édictée par le règlement intérieur – clause, cette fois, considérée comme légale – pouvait être retenue. Un pourvoi en cassation fut formé et donna lieu à l'arrêt de rejet de l'Assemblée plénière, dont la pusillanimité a été d'emblée soulignée (8). Certains commentateurs ont mis, du reste, l'accent sur le fait que le manque de netteté de l'arrêt conduisait à une insécurité juridique néfaste pour les employeurs. Rappelons que l'insécurité juridique frappe au premier chef les salariés, qui ne peuvent déterminer si leur pratique religieuse (port d'un foulard, turban, kippa, croix ...) les expose à une sanction (8 bis). En effet, la Cour de cassation, dans l'arrêt sous commentaire, ne livre guère d'indications solides sur la possibilité de porter des signes

(1) AP 25 juin 2014, reproduit ci-après p.839, AJDA 2014.1842, n. S. Mouton, T. Lamarque ; D. 2014. 1656, obs. C. Radé ; RDT 2014. 607, art. P. Adam ; La Revue des droits de l'Homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 1^{er} juillet 2014, consulté le 16 septembre 2014. URL : <http://revdh.revues.org/848>, avec l'« Entretien croisé des Professeurs Gwénaële Calvès et Emmanuel Dockès sur le retentissant arrêt Baby Loup » ; JCP E 2014, 1445, n. I. Desbarats ; JCP S 2014, 1287, n. B. Bossu. On se reportera également avec profit au rapport du Conseiller rapporteur, L. Truchot, et à l'avis du Procureur général, M. Marin (disponibles sur le site de la Cour de cassation).

(2) Afin de ne pas surcharger l'appareil bibliographique, les commentaires des différentes décisions ne seront pas mentionnés ici.

(3) On laissera de côté les avis des autorités administratives intervenus sur le sujet, Observatoire de la laïcité, avis du 15 octobre 2013, RDT 2014, obs. N. Moizard ; CNCDH, avis du 26 septembre 2013 ; Étude du Conseil d'État du 19 décembre 2013 demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013 ; CESE, avis du 12 novembre 2013. Ces études sont disponibles sur les sites des différentes institutions.

(4) CPH Mantes La Jolie, 13 décembre 2010, n° 10/00587.

(5) CA Versailles, 27 octobre 2011, n° 10/0562.

(6) Cass. Soc. 19 mars 2013, n° 11-28645, DO 2014, p.587.

(7) CA Paris, 27 novembre 2013, n° 13/02981, DO 2014, p.79.

(8) E. Dockès, préc. ; B. Bossu, note préc. *Contra*, D. Corrigan-Carsin, note préc., I. Desbarats, préc., C. Radé.

(8 bis) J.-E. Ray, JCP G, n° 27, 7 juillet 2014, Doctr. 804

religieux dans l'entreprise. Si l'Assemblée plénière a, à bon droit selon nous, exclu la qualification d'entreprise de conviction (I), elle n'en a pas tiré les conclusions en matière de liberté religieuse du salarié, au

risque de lâcher la bride au pouvoir de l'employeur (II). Plus grave encore, le pouvoir de l'employeur se voit ici affranchi du respect du principe de non-discrimination, principe enfermé dans une conception étroite (III) (9).

I. Le rejet de la qualification d'entreprise de conviction

Bien que l'Assemblée plénière rejette le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui a refusé d'annuler le licenciement de la salariée, elle ne valide pas, pour autant, l'entier raisonnement des magistrats du second degré. Relevant que l'association Baby loup n'a pas pour objet statutaire de promouvoir et défendre une opinion ou une croyance, l'Assemblée plénière juge, en effet, erronés les motifs de la Cour d'appel qualifiant l'association d'entreprise de conviction. Effectivement, l'objet statutaire de l'association est l'action sociale en direction des enfants et des femmes du quartier, et non la défense de la neutralité. La formation solennelle de la Cour de cassation établit ainsi une distinction entre deux types d'entités : celles dont l'action est statutairement et essentiellement orientée vers la promotion d'une conviction religieuse, politique et syndicale, et celles qui ont une activité statutaire industrielle, économique, commerciale voire sociale, mais qui ont adjoint à cette vocation statutaire un engagement ou une conviction (10). Ces dernières ne peuvent se prévaloir du qualificatif d'entreprises de conviction (11). La distinction se comprend (12). Incarner, faire vivre, représenter une valeur ou une conviction diffère de se référer à – ou de se réclamer de – cette valeur ou conviction. Il s'agit d'une distinction entre le principal

et l'accessoire (13). L'entreprise de conviction serait donc réservée aux églises, partis, syndicats et associations, dans la limite de leur objet (14). La solution paraît sage – en dépit du difficile tracé de la frontière entre le principal et l'accessoire, car à rendre trop accueillante la catégorie d'entreprise de tendance, on pourrait assister à un morcellement du marché du travail en fonction des convictions des employeurs. Surtout, admettre que toute entreprise qui se prétendrait éthique puisse mettre en avant ses convictions étendrait dangereusement le pouvoir du chef d'entreprise (15).

Sur la question de l'entreprise de conviction, la décision de l'Assemblée plénière vient se loger dans les espaces laissés libres par les réglementations et jurisprudences européennes. Du côté de l'Union européenne, la notion d'entreprise de conviction n'est admise, dans le cadre de la directive 2000/78 relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qu'à la condition qu'elle existât avant la date d'adoption de la directive. Or, selon l'avis convergent de la Commission européenne (16), de l'avocat général devant la Chambre sociale (17) et d'une partie de la doctrine (18), il n'y avait ni législation nationale, ni pratique nationale tendant à en

(9) À l'orée des développements, il convient de préciser que le commentaire ici réalisé de la décision de l'Assemblée plénière porte sur les principes et solutions qui se dégagent de l'arrêt, la personnalité des parties s'effaçant devant l'autorité de précédent de ce type d'arrêt. C'est ainsi la portée de la décision qui est passée au crible, indépendamment des considérations liées à la configuration factuelle de l'espace et des intentions prêtées aux acteurs impliqués dans ce procès.

(10) Rapp. Ph. Waquet, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996, p.1427. E. Gayat, « La lutte des classes en France ... et le port du voile islamique », *DO* 2014. 322. G. Calvès, *RDT* 2014, « Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby Loup », p.94, spéc. p.99. Voir toutefois, du même auteur, Nicolas Hervieu, « Entretien croisé des Professeurs Gwénaële Calvès et Emmanuel Dockès sur le retentissant arrêt Baby Loup », préc. ; M.S. Zaki, « De l'organisation à tendance en droit du travail », *Rivista del diritto internazionale e comparato del lavoro*, 1980, p. 102, n° 47-49.

(11) *Contra* F. Gaudu, « L'entreprise de tendance laïque », *Dr. Soc.* 2011. 1186, spéc. n°s 10 et 12.

(12) Cette distinction n'est pas très éloignée de celle retenue par la Cour de cassation en matière de qualification de contrat de travail pour le personnel religieux. La qualité de salarié ne peut être retenue pour les religieux travaillant au service d'une association culturelle ou d'une congrégation, alors qu'elle peut l'être lorsque le travail est accompli au profit d'une association de droit commun soumise à la loi de 1901 (v. *Cass. Soc.* 20 janvier 2010, *Dr. Soc.* 2010. 1070, art. J. Mouly).

(13) L'Assemblée plénière, ce faisant, semble, du reste, dénier toute particularité aux écoles privées confessionnelles. On peut toutefois penser que les établissements d'enseignements confessionnels disposent d'un statut particulier, tant législatif qu'historique.

(14) Le caractère non lucratif de l'entité constitue un prérequis de la qualification d'entreprise de tendance. En Allemagne, la Cour fédérale du travail a ainsi refusé de qualifier l'église de scientologie de « communauté religieuse », ce qui permet l'application d'un droit du travail dérogatoire, en raison de l'activité commerciale développée. *BAG*, 22 mars 1995, *AP Arb. GG*, 1979, § 5, n° 21, cité par A. Seifert, *Revue de droit canonique*, t. 63, 2013, p. 207, spéc. p. 212. Voir, inversement, aux États-Unis, J. Morri, « Une pilule dure à avaler : La Cour suprême des États-Unis consacre l'entreprise de tendance à but lucratif », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 septembre 2014, consulté le 26 septembre 2014. URL : <http://revdh.revues.org/871>.

(15) Dans le même sens, E. Gayat, préc. Sur l'essor du « management par les valeurs », V. M. Richer, « Le management par les valeurs : une nouvelle religion », *Sciences humaines, Grands dossiers* n° 36, septembre 2014, p. 50.

(16) Communication du 2 septembre 2008, COM (2008) 225 final/3, note de bas de page n° 10.

(17) B. Aldigé, *Avis n°F1128845*, non publié, pp.14 et 15.

(18) V. notamment, N. Moizard, *SSL*, 9 décembre 2013, n° 1609.

consacrer la notion (19). Mais du côté de la CEDH, les entreprises de conviction et leur spécificité doivent être prises en compte (20). Toutefois, leur définition pourrait bien relever de la marge nationale d'appréciation de chaque État (21), en raison de la latitude laissée aux États en matière religieuse (22).

Si l'arrêt esquisse une stricte caractérisation de l'entreprise de conviction par son objet, il laisse cependant dans l'ombre les conséquences de la qualification. Esquignons-en rapidement les contours. Il est admis que le label « entreprise de conviction » autorise une appréciation plus large du trouble objectif causé par le salarié (23). L'accent est alors porté sur les effets, sur l'entreprise, du comportement du salarié (atteinte à la réputation, dissensions internes...). La qualification d'entreprise de conviction permet

également de faire peser sur le salarié une obligation de loyauté plus lourde. C'est alors le comportement du salarié, ou plus précisément sa conformité avec les exigences de l'opinion ou de la croyance promue par l'entreprise, qui est au cœur de l'analyse (24). Qu'elle vienne modifier l'appréciation du trouble objectif ou de l'obligation de loyauté, la qualification d'entreprise de conviction permet de moduler l'accommodement entre droits fondamentaux du salarié et intérêt de l'entreprise au profit de cette dernière (25). Ayant dénié à la crèche la qualité d'entreprise de conviction, on aurait pu alors penser que la balance entre les intérêts de l'employeur et les droits de la salariée allait nécessairement pencher en faveur de cette dernière. Au risque de l'incohérence, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en a décidé autrement.

II. L'atteinte à la liberté religieuse

Pour la Cour d'appel, approuvée par l'Assemblée plénière, l'association employeur, en imposant à la salariée d'ôter son foulard, a exprimé une demande licite, puisque la restriction à la liberté religieuse était valable. Cette restriction édictée par le règlement intérieur serait, toujours selon ces décisions, tout à la fois précise, justifiée et proportionnée au but recherché. À titre d'explication, la Cour de cassation recopie la clause du règlement intérieur selon laquelle « *les principes de laïcité et de neutralité s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées* ». À s'en tenir là, il est difficile de comprendre en quoi la clause revêt une précision suffisante. Pour redonner sens à pareille affirmation, il est nécessaire de se reporter à la décision de la Cour d'appel qui, interprétant le règlement intérieur, a estimé que sa précision résultait de l'exclusion du champ de l'obligation de neutralité des activités sans contact avec les enfants. En somme, pour la Cour d'appel, suivie en cela par l'Assemblée plénière, est suffisamment précise l'obligation de neutralité qui s'impose pour la totalité de l'activité principale de la crèche, quels que soient l'âge des enfants,

le lieu ou le type d'activité... Les conseillers de la Cour de cassation ne craignent donc pas d'entretenir l'oxymore, développé par la Cour d'appel (26). Certes, le contrôle sur la décision de la Cour d'appel est léger (27), mais la faible intensité du contrôle ne saurait justifier tous les raisonnements. Plus encore, on aurait pu s'attendre à ce que, sur une question aussi sensible que la liberté religieuse, le contrôle de la Cour de cassation se fasse plus intense.

Pour étayer davantage sa solution, l'Assemblée plénière rappelle que l'association était de dimension réduite (18 salariés) et que les salariés étaient, ou pouvaient être, en relation directe avec les enfants et leurs parents. Là encore, on reste perplexe devant une telle motivation (28) : dans une crèche, il est vrai que les salariés sont en relation avec des enfants et leurs parents. On pourrait croire que c'est ainsi l'objet de l'entreprise – à savoir la gestion d'une crèche – qui a commandé la solution. Il aurait été alors plus clair de rappeler les motifs de la Cour d'appel, qui insistait sur la recherche d'une neutralité pour respecter la pluralité des opinions et confessions des parents et « *protéger la conscience en éveil des enfants* » (29). L'on

(19) Le célèbre arrêt d'Assemblée du 19 mai 1978, *Dame Roy*, Bull. A.P., n° 1, a pu paraître désavoué, dans sa solution, par le non moins célèbre arrêt dit du sacristain homosexuel, Cass. Soc., 17 avril 1991, Bull. V, n° 201, DO 1991, p. 201, n. Paul Bouaziz. Comp. L. Truchot, rapport préc.

(20) J.-P. Marguénéaud et J. Mouly, « Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire », D. 2011. 1637.

(21) Comp. J. Mouly, note sous CA Paris, D. 2014. 65. Voir également G. Calvès, « Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby Loup », RDT 2014. 94, spéc. p. 99.

(22) Rapp. CEDH, 10 novembre 2005, n° 44774/98, *Leyla Sahin c/ Turquie*, § 109.

(23) Pour une illustration, v. CEDH, Grande Chambre, 12 juin 2014, *Martinez c/Espagne*, aff n° 56030/07, §§ 136-142. Voir, toutefois, l'arrêt dit du sacristain homosexuel, préc.

(24) Sur cette configuration, voir les faits de l'arrêt *Obst*, CEDH, 23 septembre 2010, n° 425/03. Pour une analyse en termes de contractualisation de la liberté, v. E. Lafuma, obs. sous CEDH, aff. *Obst* et n° 720/03, *Scüth*, RJS 2011. 11.

(25) J. Mouly, « L'affaire Baby-Loup devant la cour de renvoi : la revanche de la laïcité », D. 2014. 65.

(26) Voir en ce sens, également, B. Bossu, préc. ; E. Dockès, et G. Calvès préc.

(27) La Cour de cassation emploie, en effet, le marqueur « *a pu* ».

(28) Voir également, B. Bossu, préc.

(29) G. Calvès, préc.

comprend toutefois les hésitations de l'Assemblée plénière à s'approprier les motifs de la Cour d'appel, qui glisse de la protection des enfants aux dangers que représenterait pour eux la vue d'une puéricultrice portant un foulard sur la tête (29 bis). Plus profondément, la décision de la Cour d'appel de Paris se fondait sur le « *respect de la pluralité des options religieuses* » pour admettre le licenciement de la salariée, qui invoquait... sa liberté religieuse. Il y a là un paradoxe que l'Assemblée plénière a peut-être souhaité escamoter derrière une motivation elliptique.

En définitive, face à la liberté religieuse, l'employeur, ici, peut légitimement opposer son pouvoir de direction. Dit crûment, l'association peut restreindre un droit fondamental d'une de ses salariées sur la base de ses choix d'organisation. Nul besoin, comme

dans d'autres contentieux relatifs aux libertés fondamentales du salarié, de faire apparaître un abus de celui-ci (30), ou de mettre en avant les effets de son comportement (31). Le simple non-respect de la ligne patronale, sous réserve que les exigences ne soient pas disproportionnées, justifie ici l'atteinte à la liberté religieuse, et donc la perte de l'emploi. Cette solution pourrait ne pas satisfaire la Cour européenne des droits de l'Homme, qui vérifie avec précision le but, l'objectif et la proportionnalité de l'atteinte (32). La Cour de Strasbourg rappelle, du reste, avec constance, l'importance du pluralisme dans une société démocratique, ce qui fait douter de la compatibilité de la décision avec la jurisprudence européenne (33). Mais, surtout, la décision prête largement le flanc à la critique, car elle passe sous silence le caractère discriminatoire du licenciement.

III. Le silence sur la discrimination en raison des convictions religieuses

Mettant l'accent sur la « *liberté de manifester sa religion* », l'Assemblée plénière juge que la salariée a été valablement licenciée pour la seule raison d'avoir montré qu'elle était musulmane, dans une entreprise qui a décidé qu'il fallait cacher toute appartenance religieuse. Il faut ici insister sur un point : la salariée ne demandait pas un aménagement de poste, une modification de ses horaires, un traitement particulier, ni davantage ne refusait d'accomplir une partie de ses tâches... Elle se contentait de porter un signe religieux. Le licenciement consécutif au refus d'ôter ce signe vestimentaire d'appartenance à une religion échappe pourtant à la prohibition des discriminations, selon l'Assemblée plénière. Plus exactement, il faut déduire du silence – rendu éloquent par l'avis du Procureur général (34) – de la Cour de cassation sur ce point, que la salariée n'est pas fondée à invoquer le principe de non-discrimination. Pareil silence charrie avec lui une conséquence importante. En écartant la discrimination, les magistrats de la Cour de cassation

se sont dispensés d'examiner si le retrait du foulard répondait à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée (art. L. 1133-1 du Code du travail). Cette formulation, issue de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, est plus stricte que celle présidant au contrôle des restrictions aux droits et libertés des personnes de l'article L. 1121-1 et aurait obligé l'employeur à fournir des justifications plus convaincantes pour licencier sa salariée (35).

Pourtant, il semble assez évident que la salariée a été sanctionnée en raison de ses convictions religieuses, précisément de sa croyance dans le caractère obligatoire du port du signe religieux. La salariée a bien subi un désavantage lié à ses convictions religieuses, ce qui constitue la caractérisation même d'une discrimination (36). La Chambre sociale ne s'y était pas trompée, combinant, au visa de son arrêt du 19 mars 2013 (préc.), les articles L. 1121-1 et

(29 bis) P. Adam, préc.

(30) Tel est le cas de la liberté d'expression. Sur l'abus de la liberté d'expression, voir en dernier lieu G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », RDT 2014. 396

(31) Tel était le cas dans l'arrêt du 17 avril 1991 préc.

(32) Voir, en dernier lieu, le raisonnement mis en œuvre dans les §§ 113 à 158 de l'arrêt SAS c/France, rendu le 1^{er} juillet 2014, aff. C.43835/11.

(33) Voir, en dernier lieu, CEDH, 1^{er} juillet 2014. § 120 et §§ 123-128.

(34) *Contra* Marin, concl. p. 12, qui affirme : « *S'il apparaît bien que Mme A. a été licenciée pour avoir manifesté ses convictions religieuses, et donc qu'il a bien été porté atteinte à l'une de ses libertés individuelles, il convient de se demander si, comme elle le soutient, il s'agit d'une discrimination fondée sur ses convictions*

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

(35) En ce sens, également, Marin, conclusions sous l'arrêt, p.10. Le raisonnement est très proche si l'on envisage la question sous l'angle de la CEDH, puisque celle-ci a jugé que seules des considérations très fortes sont à même de justifier une discrimination en raison des convictions religieuses, v. A. Iliopoulou-Penot, « Conv. EDH, art. 14 : non-discrimination », Rép. eur. Dalloz, 2014, n° 51 s.

(36) Sur l'appréciation, très souple, du lien de causalité entre la caractéristique protégée et le désavantage, voir *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, Publications de l'Office des publications de l'Union européenne, 2011, § 2.2.3

L. 1132-1 du Code du travail (37). Ce dernier article prohibe, faut-il le rappeler, toute discrimination fondée sur « *les convictions religieuses* ». Dans l'affaire Baby Loup, liberté et non-discrimination se rejoignent, ce qu'avait habilement rappelé la Chambre sociale. La juxtaposition des deux protections ne permet pas d'écarter l'une d'entre elles. Le refus de l'Assemblée plénière de retenir que le licenciement était discriminatoire procède, en réalité, d'une conception étriquée de la discrimination.

Il est, en effet, de nombreuses situations dans lesquelles la discrimination a pour objectif même de protéger, garantir l'exercice d'une liberté (38). Il convient, plus précisément, de distinguer, dans cette perspective, différents motifs de discrimination (39). Certains motifs protègent principalement les éléments de l'identité de la personne (sexe, âge, origine) et consolident ainsi sa dignité. D'autres viennent davantage en renfort de sa liberté et en protègent l'exercice. Tel est le cas pour la discrimination religieuse, ou encore la discrimination syndicale. Pour ces motifs, atteinte à la liberté et discrimination se confondent dans de nombreuses hypothèses. Vouloir cantonner le principe de non-discrimination aux seules hypothèses dans lesquelles le salarié subit un désavantage pour ce qu'il est, et ainsi refuser de l'appliquer lorsque la sanction patronale intervient pour ce qu'il *fait*, méconnaît la fonction même de la lutte contre certaines discriminations. Jugerait-on, par exemple, que ne constitue qu'une restriction à la liberté syndicale et non une

discrimination la sanction prononcée par l'employeur en raison du port d'un badge syndical par un adhérent dans l'entreprise ? Respect de la liberté et exigence égalité se rejoignent ici, évidemment.

Le droit de l'Union, qui fait la part belle aux dispositifs antidiscriminatoires et insiste sur leur effet utile, ne permet pas, au demeurant, une telle restriction de la notion. La saga Baby Loup n'est donc pas terminée. Si un recours devant le CEDH est parfois annoncé, des actions fondées sur la contrariété de la solution au droit de l'Union européenne paraissent également envisageables : action en responsabilité de l'État pour violation manifeste du droit de l'Union européenne, ou plus simplement plainte à la Commission européenne en vue d'une mise en mouvement de l'action en manquement.

En guise de conclusion, on ne peut qu'observer la colonisation du droit du travail par une laïcité de combat (40). Elle s'impose à tous les salariés des personnes privées chargées d'un service public (41), sans que soit bien identifié le « risque de collusion » de la religion avec le pouvoir étatique à la racine de la neutralité des agents publics (42). Ce vaste champ d'application (43) est encore étendu par l'arrêt du 25 juin 2014 ici commenté, permettant à la laïcité de faire des incursions dans toutes les entreprises privées. Comme si, aujourd'hui, le libre arbitre et le vivre ensemble ne se formaient plus par la discussion des convictions, mais par leur invisibilisation.

Cyril Wolmark

(37) Voir, sur ce point, les critiques d'I. Meyrat, « Épilogue incertain de l'affaire Baby Loup : l'obligation de neutralité dans une entreprise investie d'une mission d'intérêt général », DO 2014. 73, spéc. p. 77. Sur l'impossibilité, sauf cas du voile intégral, posée par la Cour EDH de porter une appréciation sur la légitimité des pratiques, arrêt du 1^{er} juillet 2014, § 127.

(38) Dans le même sens, Ph. Waquet, *L'entreprise et les libertés du salarié*, éditions Liaisons, 1^{ère} édition, 2003, p. 44. Ch. Mathieu, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2012. 17, spéc. p. 18.

(39) A. Lyon-Caen, « Variations sur la discrimination ou le pluriel derrière le singulier », *Le droit social, l'égalité et les discriminations*, dir. G. Borenfreund, I. Vacarie, Dalloz, 2013, p. 51, spéc. p. 53.

(40) V. S. Henette Vauchez, V. Valentin, *L'affaire Baby Loup ou la Nouvelle Laïcité*, LGDJ, coll. Exégèses, 2014.

(41) Cass. Soc. 19 mars 2013, *CPAM de Seine Saint-Denis*, n° 12-11690, rendu en même temps que l'arrêt *Baby Loup*.

(42) P. Rolland, « Le droit et la laïcité », *Les cahiers dynamiques*, 2012/1, n° 54, p. 17, spéc. p. 21.

(43) V. A. Mazières, commentaire sous CE, 4 décembre 2013, DO 2014, p. 669.

DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX Liberté religieuse – Port du foulard islamique – Règlement intérieur – Restriction – Proportionnalité et justification – Activité de crèche.

COUR DE CASSATION (Ass. Plén.) 25 juin 2014

A. contre association Baby Loup

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 27 novembre 2013), rendu sur renvoi après cassation (Soc., 19 mars 2013, n° 11 28.645, Bull. 2013, V, n° 75) que, suivant contrat à durée indéterminée du 1^{er} janvier 1997, lequel faisait suite à un emploi solidarité du 6 décembre 1991 au 6 juin 1992 et à un contrat de qualification du 1^{er} décembre 1993 au 30 novembre 1995, Mme L., épouse A. a été engagée en qualité d'éducatrice de jeunes

enfants exerçant les fonctions de directrice adjointe de la crèche et halte garderie gérée par l'association Baby Loup ; qu'en mai 2003, elle a bénéficié d'un congé de maternité suivi d'un congé parental jusqu'au 8 décembre 2008 ; qu'elle a été convoquée par lettre du 9 décembre 2008 à un entretien préalable en vue de son éventuel licenciement, avec mise à pied à titre conservatoire, et licenciée le 19 décembre 2008 pour faute grave, pour

avoir contrevenu aux dispositions du règlement intérieur de l'association en portant un voile islamique et en raison de son comportement après cette mise à pied ; que, s'estimant victime d'une discrimination au regard de ses convictions religieuses, Mme L., épouse A. a saisi la juridiction prud'homale le 9 février 2009 en nullité de son licenciement et en paiement de diverses sommes ;

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

1°/ que l'entreprise de tendance ou de conviction suppose une adhésion militante à une éthique philosophique ou religieuse et a pour objet de défendre ou de promouvoir cette éthique ; que ne constitue pas une entreprise de tendance ou de conviction une association qui, assurant une mission d'intérêt général, se fixe pour objectifs dans ses statuts « *de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes (...) sans distinction d'opinion politique et confessionnelle* » ; qu'en se fondant sur les missions statutairement définies pour qualifier l'association Baby Loup d'entreprise de conviction cependant que son objet statutaire n'exprime aucune adhésion à une doctrine philosophique ou religieuse, la cour d'appel a violé les articles L.1121 1, L. 1132 1, L. 1133 1 et L. 1321 3 du code du travail, ensemble l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 4 § 2 de la directive 78 /2000/CE du 27 novembre 2000 ;

2°/ que les convictions ou tendances d'une entreprise procèdent d'un choix philosophique, idéologique ou religieux et non de la nécessité de respecter des normes juridiques ou des contraintes attachées à la nature des activités de l'entreprise ; que la nécessité prétendue de protéger la liberté de conscience, de pensée et de religion de l'enfant déduite de la Convention de New York ou celle de respecter la pluralité des options religieuses des femmes au profit desquelles est mise en oeuvre une insertion sociale et professionnelle dans un environnement multiconfessionnel ne sont pas constitutivement liées à une entreprise de conviction ; qu'en se fondant sur cette « nécessité » pour qualifier l'association Baby Loup d'entreprise de conviction en mesure d'exiger la neutralité de ses employés, la cour d'appel a violé les articles L.1121 1, L. 1132 1, L. 1133 1 et L. 1321 3 du code du travail, ensemble l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et l'article 4 § 2 précité de la directive 78 /2000/CE du 27 novembre 2000 ;

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

4°/ qu'en tant que mode d'organisation de l'entreprise destiné à « transcender le multiculturalisme » des personnes à qui elle s'adresse, la neutralité n'exprime et n'impose aux salariés l'adhésion à aucun choix politique, philosophique ou idéologique seul apte à emporter la qualification d'entreprise de tendance ou de conviction ; que la cour d'appel a violé les articles L.1121 1, L. 1132 1, L. 1133 1 et L. 1321 3 du code du travail, ensemble l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et l'article 4 § 2 de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000 ;

5°/ que la laïcité, principe constitutionnel d'organisation de l'Etat, fondateur de la République, qui, à ce titre, s'impose dans la sphère sociale ne saurait fonder une éthique philosophique dont une entreprise pourrait se prévaloir pour imposer à son personnel, de façon générale et absolue, un principe de neutralité et une interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion ; que la cour d'appel a violé les articles L.1121 1, L. 1132 1, L. 1133 1 et L. 1321 3 du code du travail, ensemble les articles 9 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 1^{er} de la Constitution ;

6°/ qu'une entreprise ne peut s'ériger en « entreprise de conviction » pour appliquer des principes de neutralité – ou de laïcité – qui ne sont applicables qu'à l'Etat ; que ni le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution, ni le principe de neutralité consacré par le Conseil constitutionnel au nombre des principes fondamentaux du service public, ne sont applicables aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public ; qu'ils ne peuvent dès lors être invoqués pour les priver de la protection que leur assurent les dispositions du code du travail ; qu'il résulte des articles L.1121 1, L. 1132 1, L. 1133 1 et L. 1321 3 du code du travail que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché ; qu'en retenant que l'association Baby Loup pouvait imposer une obligation de neutralité à son personnel dans l'exercice de ses tâches, emportant notamment interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion aux motifs de la nécessité de protéger la liberté de pensée, de conscience et de religion à construire pour chaque enfant ainsi que la pluralité des options religieuses des femmes au profit desquelles est mise en oeuvre une insertion sociale et professionnelle aux métiers de la petite enfance, et que l'entreprise assure une mission d'intérêt général subventionnée par des fonds publics, la cour d'appel a violé les articles L.1121 1, L. 1132 1, L. 1133 1 et L. 1321 3 du code du travail, ensemble l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les articles 1 à 4 de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000 ;

7°/ que des restrictions à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peuvent être créées que par la loi nationale au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ; que cette loi nationale doit elle-même, au sens de cette jurisprudence respecter l'ordre interne de création des normes ; qu'il en résulte que la création d'un type d'entreprise de conviction fondée sur le seul principe de neutralité ne peut résulter que de la loi au sens organique du terme ; que la cour d'appel a violé les articles 34 de la Constitution, 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 9 § 2 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 et 14 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, L. 1121 1, L. 1132 1, L. 1133 1 et L. 1321 3 du code du travail, 1 à 4 de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000, 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et a excédé ses pouvoirs ;

8°/ qu'une mesure ou une différence de traitement fondée notamment sur les convictions religieuses peut ne pas être discriminatoire si elle répond à une exigence

professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ; qu'en énonçant que les restrictions prévues au règlement intérieur « *répondent aussi dans le cas particulier à l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants* », la cour d'appel, qui a confondu exigence professionnelle essentielle et déterminante, et objectif légitime, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1133 1 et L. 1132 1 du code du travail, 1 à 4 de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000, 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

9°/ que l'arrêt attaqué, qui n'a pas constaté ni caractérisé, au vu des éléments particuliers et concrets de l'espèce (tâches dévolues à Mme A. personnellement dans son emploi, âge des enfants, absence de comportement ostentatoire ou prosélyte de Mme A.) l'incompatibilité du port de son voile islamique avec l'engagement et l'emploi de Mme A., a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 1121 1, L. 1132 1, L. 1133 1 et L. 1321 3 du code du travail, ensemble les articles 9 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1 à 4 de la directive 78/2000/CE du 27 novembre 2000, 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

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

11°/ que la qualification d'entreprise de conviction – ou de tendance – si elle autorise exceptionnellement le licenciement d'un salarié à raison d'une conviction ou de la manifestation d'une conviction contraire ou devenue contraire à celle de son employeur, c'est à dire pour un motif a priori discriminatoire ou interdit, n'autorise pas que le comportement ainsi allégué comme motif de rupture puisse être imputé à faute au salarié ; qu'en validant un licenciement prononcé pour faute grave, la cour d'appel a violé les textes précités outre les articles L. 1234 1, L. 1234 5 et L. 1234 9 du code du travail ;

12°/ que l'inscription éventuelle, dans le règlement intérieur d'une entreprise de tendance ou de conviction,

de la nécessité pour les salariés de s'y conformer, ne peut avoir pour effet de constituer en faute le salarié dont la conviction viendrait à changer ; que la cour d'appel a encore violé l'ensemble des textes précités ;

13°/ qu'en toute hypothèse, aux termes de l'article 4 § 2 de la directive précitée du 27 novembre 2000, le régime dérogatoire prévu pour les entreprises de tendance s'applique « *aux activités professionnelles d'églises* » et « *aux autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions* » lorsque « *par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation* » ; que cette disposition instaure une clause de standstill qui exige que les dispositions spécifiques aux entreprises de tendance, autorisant une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne, résultent de la « *législation nationale en vigueur à la date d'adoption de la présente directive* » ou d'une « *législation future reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la présente directive* » ; que cette clause interdit pour l'avenir l'adoption de normes réduisant le niveau de protection des droits reconnus aux salariés par l'ordonnement juridique de l'Etat membre ; qu'en retenant qu'une personne morale de droit privé, constituant une entreprise de conviction au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, peut se doter d'un règlement intérieur prévoyant une obligation générale de neutralité du personnel dans l'exercice de ses tâches emportant notamment interdiction de tout signe ostentatoire de religion, et licencie pour faute un salarié au seul motif du port d'un signe religieux, la cour d'appel a violé les articles L. 1121 1, L. 1132 1, L. 1133 1 et L. 1321 3 du code du travail, ensemble l'article 4 § 2 de la directive communautaire 78/2000/CE du 27 novembre 2000, 9 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 10 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

14°/ que le règlement intérieur fût ce dans une entreprise dite de tendance ou de conviction ne peut contenir des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ne répondraient pas à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et ne seraient pas proportionnées au but recherché ; que l'article II A) du règlement intérieur de l'association Baby Loup, figurant au titre des « *règles générales et permanentes relatives à la discipline au sein de l'association* » applicables à l'ensemble du personnel, est ainsi rédigé : « *le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche* » ; qu'en ce qu'elle soumet l'ensemble du personnel à un principe de laïcité et de neutralité, applicable à l'ensemble de ses activités, sans préciser les obligations qu'elle impliquerait, en fonction des tâches à accomplir, cette disposition, générale et imprécise, est illicite et porte une atteinte disproportionnée aux libertés des salariés ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 1121 1, L. 1321 3 et L. 1132 1, du code du travail, ensemble les articles 9 et 14 de la Convention

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

15°/ que la clause du règlement intérieur de 1990 selon laquelle « *le personnel doit respecter et garder la neutralité d'opinion politique et confessionnelle au regard du public accueilli tel que mentionné dans les statuts* » est entachée du même vice de généralité et contraire aux textes précités que la cour d'appel a derechef violés ;

16°/ qu'en estimant, sous couvert d'interprétation, que la disposition précitée de l'article II A) du règlement intérieur de l'association Baby Loup est d'application limitée « *aux activités d'éveil et d'accompagnement des enfants à l'intérieur et à l'extérieur des locaux professionnels* » et « *exclut les activités sans contact avec les enfants, notamment celles destinées à l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier qui se déroulent hors la présence des enfants confiés à la crèche* », la cour d'appel, qui en a dénaturé les termes et la portée, a violé l'article 1134 du code civil ;

17°/ que le licenciement, prononcé en violation d'une liberté ou d'un droit fondamental ou pour un motif discriminatoire, est nul, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs visés à la lettre de licenciement ; que le licenciement intervenu en l'espèce à raison du refus de la salariée d'ôter un signe d'appartenance religieuse est nul, de sorte qu'en se fondant sur les autres griefs invoqués dans la lettre de licenciement pour justifier le licenciement, la cour d'appel a violé les articles L.1132 4 L. 1121 1, L. 1132 1, L. 1133 1 et L. 1321 3 du code du travail ;

18°/ que le refus du salarié de se soumettre à une mise à pied conservatoire injustifiée ne peut justifier le licenciement ; qu'en l'absence de faute grave susceptible d'être reprochée à Mme A. pour avoir refusé de quitter son voile, la mise à pied conservatoire n'était pas justifiée ; qu'en se fondant dès lors sur le fait que Mme A. était demeurée sur son lieu de travail malgré la mise à pied qui lui avait été signifiée pour justifier le licenciement pour faute grave, la cour d'appel a violé les articles L. 1234 1, L. 1331 1, L. 1234 9, L. 1232 1 du code du travail ;

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

20°/ que, lorsque sont invoqués plusieurs griefs de licenciement dont l'un d'eux est susceptible d'entraîner la nullité de ce licenciement, le juge est tenu d'examiner ce grief au préalable, et de prononcer la nullité du licenciement, sans pouvoir s'en dispenser au prétexte que les autres griefs invoqués seraient à eux seuls constitutifs de faute grave ; qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était expressément invitée, si le refus de la salariée d'ôter son voile islamique pouvait, s'agissant de l'exercice d'une liberté et de l'expression de convictions personnelles licites, être sanctionné disciplinairement et caractériser une faute et donc de s'interroger sur la nullité du licenciement, la cour d'appel a méconnu l'étendue de son office et violé les articles 4 du code civil, L. 1234 1, L. 1331 1, L. 1234 9, L. 1232 1 du code du travail ;

21°/ que ne caractérise pas une faute grave privative des indemnités de licenciement le seul fait de « se maintenir sur les lieux du travail » après notification d'un ordre d'enlever un signe religieux qui, à le supposer « licite » n'en était pas moins de nature à affecter la salariée dans ses convictions, et sans que ce « maintien dans les lieux » ait affecté le fonctionnement de l'entreprise, aucun trouble à ce fonctionnement n'étant caractérisé par l'arrêt attaqué ; que la cour d'appel a violé les articles L. 1234 1, L. 1234 9, L. 1232 1, L. 1331 1 du code du travail ;

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

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

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

Et attendu que sont erronés, mais surabondants, les motifs de l'arrêt qualifiant l'association Baby Loup d'entreprise de conviction, dès lors que cette association avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais, aux termes de ses statuts, « *de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes (...)* sans distinction d'opinion politique et confessionnelle » ;

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

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

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi

(M. Lamanda, pr. prés. - M. Truchot, rapp. - M. Marin, av. gén. - Me Spinosi, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.)