

LOI TRAVAIL : LA PARER / S'EN EMPARER ?

II. Mobilisons les droits fondamentaux

Neutralité dans l'entreprise ou neutralisation des travailleurs ?

par Cyril WOLMARK,

Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

PLAN

- I. Une rupture avec la conception moderne du règlement intérieur
- II. L'irruption du principe de neutralité dans le secteur privé
 - A. Les altérations subies par le principe de neutralité
 - B. Les effets induits par l'introduction du principe de neutralité
- III. Les restrictions à la liberté de manifester ses convictions
 - A. La justification suffisante de l'atteinte à la liberté de manifester ses convictions
 - B. La proportionnalité de l'atteinte au but recherché
- IV. Le droit de la lutte contre les discriminations en embuscade

Aucune disposition législative ne surgit du néant, mais certaines méritent que leur genèse soit narrée. Tel est le cas de l'article 2 de la loi dite « Travail ». Son histoire débute avec la parution d'un court ouvrage chez Fayard en 2015, qui fit germer l'idée d'agrémenter le Code du travail d'une série d'énoncés de grande généralité (1). Une commission, dite *Badinter*, fut ainsi nommée par le Premier Ministre ; elle proposa 61 principes. Par le sixième de ces principes fut reconnue la liberté du salarié de manifester ses convictions, y compris religieuses, reconnaissance accompagnée de la mention de possibles restrictions (2). Le Gouvernement intégra alors les principes dans son projet de loi dite « Travail » et, dans l'article 1^{er}, les destina à l'orientation de la commission de refondation de la partie législative du Code du travail (3). Une autre commission, celle des affaires sociales de l'Assemblée nationale, aiguillonnée par le Conseil d'État (4), décida finalement d'écarter ces principes (5). L'alinéa relatif à la liberté de manifester ses convictions religieuses suivit logiquement le chemin de l'article rejeté et disparut. Mais, par un détour législatif inattendu, puisqu'il passe par le Sénat, quoique déjà expérimenté (6), la disposition resurgit, solitaire et mutée, promouvant un principe de neutralité dans les entreprises privées. Le rapport avec le reste de la loi reste assez mystérieux, néanmoins la disposition fut adoptée, quasiment en l'état, à l'article 2 de la loi dite « Travail », lequel introduit un nouvel article L. 1321-2-1 dans le Code du travail qui dispose : « *Le règlement intérieur peut, par accord d'entreprise, contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ».

Cette nouvelle disposition présente toutes les allures du bon sens. Qui ne saurait comprendre qu'aucune liberté n'est absolue ? Qui pourrait se prétendre farouchement opposé à la neutralité, que l'on présente comme le gage du vivre ensemble ? Mais il faut se méfier des évidences. À suivre la lettre de l'article (7), on découvre, tour à tour, une rupture, à tout le moins symbolique, avec la conception moderne du règlement intérieur (I), la consécration inédite du

principe de neutralité dans les entreprises du secteur privé (II) ainsi que les conditions spécifiques dans lesquelles sont admises des restrictions à la liberté de manifester ses convictions (III). Reste que suivre la lettre de l'article ne doit pas empêcher de soulever la question que le texte se garde bien d'aborder, celle des discriminations, que l'application du principe de neutralité ne manquera pas d'engendrer (IV).

(1) R. Badinter, A. Lyon-Caen, *Le travail et la loi*, Fayard, 2015, 80 p.

(2) « *La liberté du salarié de manifester ses convictions, y compris religieuses, ne peut connaître de restrictions que si elles sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ».

(3) Projet de loi « visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs », examiné à partir du 4 avril 2016.

(4) Avis du 17 mars 2016, disponible sur le dossier législatif de l'Assemblée nationale.

(5) Commission des affaires sociales, séance du 5 avril.

(6) V. pour un même cheminement, l'article sur les plafonnements des indemnités dont l'histoire est retracée par E. Serverin, RDT 2016. 634.

(7) V. également pour une corroborante analyse suivant le fil de l'article 2 de la loi « Travail », Y. Pagnerre, « Principe de neutralité dans l'entreprise », Dr. Soc. 2016. 880.

I. Une rupture avec la conception moderne du règlement intérieur

En 1982, le législateur a cherché à domestiquer le règlement intérieur (8). Au point qu'aujourd'hui, cet « acte réglementaire de droit privé » (9) constitue tant l'expression du pouvoir disciplinaire de l'employeur qu'un outil de contrôle de ce pouvoir (10). La domestication du règlement intérieur connaît deux traductions principales : sa soumission aux droits et libertés et, plus largement, la limitation de son contenu. Sur ces deux terrains, l'introduction du principe de neutralité par l'article 2 de la loi dite « Travail » annonce une régression, si ce n'est sur le plan de la protection des salariés, à tout le moins sur le plan symbolique.

En premier lieu, la loi du 4 août 1982 a – faut-il le rappeler – prévu que le règlement intérieur doit respecter les dispositions légales, conventionnelles et, surtout, les droits et libertés des personnes, ainsi que le principe de non-discrimination (art. L. 1321-3 du Code du travail). La loi instaure donc un assujettissement du règlement intérieur aux droits et libertés des personnes. Plus encore, c'est par la jurisprudence relative au règlement intérieur que les droits fondamentaux ont pris leur essor en droit du travail (11). La logique est inversée par l'article 2 de la loi dite « Travail », car le règlement n'y est plus présenté comme un instrument devant respecter les droits et libertés, mais comme un moyen d'y porter atteinte. Telle est la première altération que l'article 2 de la loi dite « Travail » fait subir à la conception moderne du règlement intérieur.

En second lieu, la loi de 1982, secondée par la jurisprudence, a instauré une forme de standardisation du contenu du règlement intérieur en vue de « discipliner » le pouvoir disciplinaire. Effectivement, le législateur souligne les limites dans lesquels le pouvoir disciplinaire est enserré, dès les premiers mots de chacun des articles relatifs au règlement intérieur.

Ainsi, l'article L. 1321-1 déterminant le contenu obligatoire du règlement intérieur débute par ces termes « Le règlement intérieur... fixe exclusivement ». L'article suivant (L. 1321-2) impose qu'il « rappelle » certaines dispositions légales (droits de la défense, interdiction du harcèlement et des agissements sexistes) (12). L'article L. 1321-3, lui, fulmine l'interdiction selon laquelle le règlement « ne peut contenir » de dispositions contraires à certaines règles, libertés et principes. Sur le plan procédural, le règlement « ne peut être introduit » qu'après consultation des représentants du personnel (L. 1321-4). La jurisprudence a bien saisi le message porté ces articles. D'une part, selon la Cour de cassation, la loi a défini le contenu du règlement intérieur d'une manière à la fois limitative et exhaustive (13). D'autre part, il est acquis que seules les sanctions disciplinaires prévues par le règlement peuvent être prononcées ; un principe de légalité des peines est consacré (14).

Le nouvel article L. 1321-2-1 rompt avec cette conception : il ouvre une *faculté* permettant à l'employeur d'étendre son pouvoir disciplinaire en imposant aux salariés une obligation de neutralité. Le règlement intérieur apparaît ainsi comme un instrument par lequel l'employeur ajoutera, ou non, une corde à l'arc de son pouvoir : celle de la neutralité. Il y a là un infléchissement net par rapport à la conception héritée de la loi du 4 août 1982. Les conséquences sociales de cet abandon de l'application du principe aux mains du chef d'entreprise ne sont, du reste, pas à sous-estimer. En effet, il conduit à créer un marché de l'emploi où cohabitent deux types d'entreprises : celles hospitalières à la manifestation des convictions, et celles qui ne le sont pas (15). Indirectement, la loi autorise une restriction des emplois disponibles pour les personnes qui ne souhaitent pas retirer leur signes religieux, renforçant les effets discriminatoires dans l'accès à l'emploi (16).

(8) Sur l'histoire du règlement intérieur, v. F. Hordern, « Le règlement d'atelier au XIX^{ème} siècle », Cahiers du CHATEFP, n° 4, p. 103.

(9) Selon la formule de la Cour de cassation dans l'arrêt *Unigrains*, Cass. Soc. 25 septembre 1991, Bull. civ. n° 381, Dr. Ouvr. 1992. 180, obs. M.-F. Bied-Charreton, *Grands arrêts du droit du travail*, n° 177.

(10) V., dès la réforme de 1982, B. Soenne, « Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur », Dr. Soc. 1983. 509, spéc. 511.

(11) V. pour l'arrêt fondateur CE, 1^{er} février 1980, *Corona*, Dr. soc. 1980, p. 310, concl. A. Baquet, Dr. Ouvr. 1980, p. 211, n. S. Alter ; I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail : réflexions autour d'une problématique ambivalente », Dr. Ouvr. 2002, p. 343.

(12) Dans la version de 1982, qui ne mentionnait pas les harcèlements, le règlement intérieur « énonce » les droits de la défense, art. L. 122-34 *in fine* anc.

(13) Cass. Soc. 12 décembre 1990, Bull. civ. V, n° 670.

(14) Cass. Soc. 26 octobre 2010, n° 09-42.740, RDT 2010. 71, obs. A. Fabre, Dr. Ouvr. 2011. 181, obs. S. Mess.

(15) Il s'agissait, du reste, de l'un des écueils de la proposition de reconnaître des entreprises de tendance laïque, proposition rejetée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'affaire *Baby Loup*, Ass. Plén., 25 juin 2014, Bull. AP, n° 1, Dr. Ouvr. 2014 p. 835.

(16) Rapp. S. Moreau, « What is discrimination ? », *Philosophy & Public Affairs* 38, n° 2, p. 143 ; E. Sharpston, concl., 13 juillet 2016, aff. C 188/15, spéc. n° 71 : la discrimination « *prive injustement [la victime] d'options valables. Partant, la capacité de cette personne de mener une vie autonome se trouve gravement compromise puisqu'un aspect important de son existence est déterminé non par ses propres choix, mais par les préjugés d'un autre* ».

Sans qu'il n'y paraisse, parce que l'évocation d'une simple faculté anesthésie, l'article 2 de la loi dite « Travail » rompt avec la conception moderne du

règlement intérieur. Mais la rupture principale réside ailleurs : elle se situe dans l'irruption du principe de neutralité dans le secteur privé.

II. L'irruption du principe de neutralité dans le secteur privé

La Chambre sociale, dans l'affaire *Baby Loup*, avait clairement posé que « le principe de laïcité » – qu'il fallait entendre comme un principe de neutralité – n'était pas applicable dans les entreprises privées qui ne gèrent pas un service public (17). Sur ce point, l'Assemblée plénière n'a pas démenti la Chambre sociale (18). L'article 2 de la loi dite « Travail » vient donc prendre le contrepied de la jurisprudence : désormais, le principe de neutralité peut être mis en œuvre dans des entreprises du secteur privé. Le principe ne sort pas indemne de son passage vers le secteur privé : il subit de multiples déformations (A). Surtout, son introduction dans le secteur privé induit une série d'effets qu'il convient d'examiner (B).

A. Les altérations subies par le principe de neutralité

Première altération, et non des moindres, le principe de neutralité, sorti du contexte de la fonction publique, perd sa raison d'être. Consacrée de longue date (19), l'obligation de neutralité des agents publics est en effet largement justifiée par le fait que l'usager, dans une situation de demande vis-à-vis des pouvoirs publics, ne doit pas pouvoir douter de l'impartialité de l'État, qui dispose de prérogatives exorbitantes du droit commun (19 bis). Pareille justification n'existe pas dans le secteur privé et son absence fragilise le principe. Du reste, la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu hommage à la conception française liant neutralité des agents publics et neutralité de l'État (20). Aussi, le « déracinement » du principe de neutralité s'accompagne-t-il d'un doute sur la conformité de ce dernier avec la Convention européenne des droits de l'Homme.

Ensuite, le principe de neutralité voit sa force dégradée. Il n'est pas suffisant, à lui seul, pour restreindre les libertés du travailleur ; il faut, de

surcroît, que la restriction soit justifiée et proportionnée (21). La différence avec le droit de la fonction publique est ici flagrante. L'obligation de neutralité y interdit toute manifestation des convictions religieuses, sans qu'un contrôle de justification ou de proportionnalité ne soit mis en œuvre (22). Le principe de neutralité sort donc affaibli de sa transplantation dans le secteur privé.

Le constat de cet affaiblissement suscite une interrogation sur la portée de la proclamation de la faculté d'inscrire l'obligation de neutralité dans le règlement intérieur. Semblable proclamation ne saurait consacrer les entreprises de tendance laïque ou neutre. En effet, si l'employeur a désormais la possibilité de déclarer neutre son entreprise, il ne peut, grâce à cette déclaration, restreindre d'une manière drastique la liberté des salariés de manifester leurs convictions, liberté dont les atteintes devront être – rappelons-le – justifiées et proportionnées. Au fond, la consécration d'un principe de neutralité ne semble guère changer l'état du droit résultant de l'arrêt *Baby Loup* de l'Assemblée plénière. Celle-ci admettait déjà que la liberté religieuse puisse faire l'objet de restrictions « justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché », l'inscription dans le règlement intérieur d'une règle de neutralité n'occupant qu'une place secondaire dans le raisonnement des juges. À l'analyse, l'introduction du principe de neutralité ne modifie donc pas, en lui-même, les possibilités de restrictions à la liberté religieuse dans l'entreprise (23). Tout au plus peut-on envisager que l'inscription du principe de neutralité dans le règlement intérieur constitue un élément d'appréciation pesant en faveur de la sanction prononcée par l'employeur.

Faut-il en conclure, pour autant, que la mention d'un tel principe est sans conséquences ? Nous ne le pensons pas.

(17) Cass. Soc. 19 mars 2013, Bull. civ. V, n° 76, Dr. Ouvr. 2013 p. 580.

(18) Cass. Ass. Plén. 25 juin 2014, préc.

(19) CE, 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, req. n° 98.284.

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

(20) CEDH, 26 novembre 2015, *Ebrahimian*, req. n° 64846/11, §§ 64 à 67.

(21) *V. infra*.

(22) L'avis *Delle Marteaux* (CE, 3 mai 2000, req. n° 217.017, Lebon 169), réintroduit la proportionnalité au niveau de la sanction du manquement à l'obligation de neutralité.

(23) À l'inverse, on pourrait se demander si l'employeur qui n'a pas introduit une obligation de neutralité peut encore restreindre la liberté religieuse de ses salariés ou, à tout le moins, si les restrictions ne seraient pas plus difficilement justifiables dans une entreprise qui n'aurait pas introduit l'obligation de neutralité. En réalité, cette question ne se justifie pas véritablement, car l'employeur a toujours la faculté de restreindre une liberté dans l'entreprise, sous réserve que la restriction soit justifiée et proportionnée (C. trav., art. L. 1121-1).

B. Les effets induits par l'introduction du principe de neutralité

En dépit de son apparente inutilité, il est possible de repérer quatre effets produits par cette référence au principe de neutralité. Le premier effet est un effet de connotation. L'article 2 de la loi dite « Travail » paraît ne pas distinguer entre les convictions des salariés : politiques, syndicales, religieuses. Mais la mention de la neutralité suggère que les convictions que l'employeur est en droit de restreindre sont, au premier chef, les convictions religieuses. L'usage du terme « neutralité » permet de viser un type de convictions en s'abstenant de le nommer (24). Il offre en même temps la possibilité à l'employeur de sanctionner l'expression d'autres convictions, politiques ou syndicales.

La consécration du principe de neutralité produit un deuxième effet : l'effet de retournement. Désormais, formellement, l'obligation de neutralité est le principe et la liberté l'exception. L'on assiste ainsi à un renversement de la hiérarchie qui avait cours jusque-là dans les énoncés législatifs et les raisonnements judiciaires, où la liberté religieuse est première et sa restriction seconde.

Ce faisant, un troisième effet, l'effet de stigmatisation, peut se déployer. En effet, celles et ceux qui manifesteraient leurs convictions peuvent être considérés comme opposés à la neutralité, devenue

le principe voire la norme. Ils ou elles sont alors partisans, réticents au vivre ensemble, pire, communautaristes (25).

Enfin le quatrième effet est un effet de ricochet. L'introduction du principe de neutralité dans le monde du travail participe de la transformation à l'œuvre du sens de la laïcité (26). Rappelons que la loi de 1905 s'ouvre par la disposition suivante : « *la République assure la liberté de conscience et garantit le libre exercice des cultes* » et que son article 2 ajoute que « *la République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte* ». Ces deux préceptes définissent une laïcité au service de la liberté, la neutralité constituant une application particulière (et plus tardive) de cette laïcité. Dans le nouvel article L.1321-2-1 du Code du travail, la neutralité n'est plus au service de la liberté, mais en opposition avec celle-ci. Ce faisant, c'est le concept auquel on la rattache habituellement – la laïcité – qui se voit lui-même modifié. Effectivement, dans l'opposition entre une laïcité de tolérance et une laïcité d'invisibilisation, la loi dite « Travail », fait clairement pencher la balance du côté de la seconde conception de la laïcité.

Pour mesurer la portée plus immédiatement pratique de l'introduction de l'article L.1321-2-1, il reste à analyser les conditions dans lesquelles une restriction aux libertés de manifestation des convictions est susceptible d'être admise.

III. Les restrictions à la liberté de manifester ses convictions

Suivant un schéma classique, l'atteinte à la liberté de manifestation des convictions, notamment religieuses, impose, pour être valable, l'existence d'une justification suffisante (A) et d'un rapport de proportionnalité entre l'atteinte et le but recherché (B).

A. La justification suffisante de l'atteinte à la liberté de manifester ses convictions

Le nouvel article L.1321-2-1 mentionne deux types de justifications valables : « *les nécessités du bon*

fonctionnement de l'entreprise » (1.) et « *l'exercice d'autres droits et libertés fondamentaux* » (2.). Ces formules ne sont pas ordinaires dans les discours du droit du travail (27) et laissent penser qu'un régime particulier est applicable à la liberté de manifester ses convictions. Pour tenter de tracer les contours de ce régime, il convient de donner un sens à ces formules à partir de solutions jurisprudentielles susceptibles de s'y rattacher (28).

(24) La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010) abrite un mécanisme similaire : euphémisation des destinataires principaux de la loi, n'interdisant pas de sanctionner d'autres personnes.

(25) Sur le lien entre le principe de neutralité et la lutte contre les communautarismes, v. par exemple Sénat, Séance du 14 juin 2016 (compte rendu intégral des débats). Sur la genèse et l'absence de rigueur scientifique du terme, utilisée de manière rhétorique, voir H. Seniguer, « Communauté, « communautarisme » et islam en France : y a-t-il un communautarisme musulman ? », Dr. Soc. 2015. 664

(26) V. sur cette question de la transformation de la laïcité P. Adam, « Les laïcités et l'entreprise privée », Dr. Soc. 2015. 708 ; S. Hennette-Vauchez et V. Valentin, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ/Lextenso, 2014.

(27) V. notamment l'article L.1121-1 du Code du travail.

(28) Rappr. J. Mouly, « Le principe de neutralité » (entretien), D. 2016. 1992.

1. Les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise

La formule, absente du Code du travail et de la jurisprudence (29), a pu inquiéter, car elle relevait d'un autre registre que celui de la classique justification par la « *nature de la tâche à accomplir* » prévue par l'article L. 1121-1. Cette formule invite effectivement à privilégier des arguments tenant aux nécessités de l'organisation – d'aucuns diront de l'institution (30).

Dans cette approche, l'efficacité de l'entreprise, sa bonne marche sont mis en avant (31). Ainsi, l'employeur peut invoquer la sécurité des personnes pour restreindre la liberté religieuse. Sur ce point règne une forme d'unanimité jurisprudentielle (32). Toujours dans une conception organisationnelle, le bon fonctionnement de l'entreprise est susceptible de rejoindre certaines préoccupations patronales liées aux relations entre collègues, prétendument compromises par la présence d'un foulard, d'une barbe trop longue, d'une kippa... Pour l'heure, ce type de motif n'a jamais été admis (33).

Mais les « *nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise* » permettent-elles que prospèrent des arguments liés à la place de l'entreprise sur le marché ou à sa rentabilité ? La jurisprudence actuelle, qu'elle soit nationale ou européenne, ne paraît guère encline à l'admettre. Les risques de perte de clientèle, l'atteinte à la réputation ou à l'image de l'entreprise constituent, certes, des justifications licites, mais la CEDH ne leur donne guère de poids sur le terrain de la proportionnalité (34). Les rares décisions françaises ne livrent pas, en ce domaine, de directives claires (35). Une décision ancienne, rendue par la Cour d'appel de la Saint-Denis de la Réunion (36), fait prévaloir l'image de marque de l'entreprise sur la manifestation de convictions religieuses d'une salariée (37). Le Conseil de prud'hommes de Lyon, dans une décision

Carrefour du 18 septembre 2014, adopte une solution contraire. La possibilité de restreindre la liberté religieuse individuelle au nom de l'intérêt de l'entreprise se trouve également au cœur de deux affaires jugées tout récemment par la CJUE, affaires que nous ne pouvons que rapidement évoquer dans le cadre de cet article. Les avocats généraux avaient adopté des positions diamétralement opposées (38). La Cour a tranché. L'image de l'entreprise constitue un objectif légitime, justifiant l'application d'une obligation générale de neutralité, en dépit de la discrimination indirecte que cette obligation peut produire (39). En revanche, toujours selon la CJUE, en l'absence de règle générale interne à l'entreprise imposant une exigence de neutralité, les souhaits d'un client ne permettent pas de licencier une salariée qui manifeste ses convictions religieuses par le port d'un foulard (40). Il appartient donc à l'employeur de décider s'il souhaite ou non donner à son entreprise une image de neutralité, pour neutraliser la manifestation de convictions par ses salariés.

2. Les autres droits et libertés fondamentaux

La restriction peut, ensuite, être justifiée par « *d'autres droits et libertés fondamentaux* ». On songe ici, particulièrement, aux droits et libertés des clients ou des collègues, notamment à leur liberté de conscience. Mais il ne faut pas confondre l'atteinte à la liberté de conscience des autres salariés et des clients et l'aversion que l'on peut avoir pour une ou pour toutes les religions. La Cour européenne des droits de l'Homme a, dans un autre contexte, mais dans la même perspective, souligné que le rôle des autorités publiques n'est pas tant d'enrayer la cause des tensions en éliminant le pluralisme que de veiller à ce que les groupes opposés se tolèrent les uns les autres (41). Sous le bénéfice de ces observations, on ne voit donc guère dans quelles hypothèses, autres que celles d'un prosélytisme agressif (42), la liberté de

(29) La dernière mention de l'expression exacte « *bon fonctionnement de l'entreprise* » au sein des motifs décisifs des arrêts publiés de la Chambre sociale date de 1998 (Cass. Soc. 16 juillet 1998, Bull. civ. V, n° 394 : arrêt relatif aux absences d'un salarié). Le terme n'est jamais employé, à notre connaissance, dans les arrêts publiés relatifs aux droits fondamentaux des salariés. En revanche, l'expression est utilisée dans les années 1960 et le début des années 1970 pour justifier le pouvoir disciplinaire de l'employeur et la théorie de l'employeur seul juge : v. notamment Cass. Soc. 25 mai 1965, Bull. n° 399.

(30) Pour une présentation complète des conceptions du contrôle de justification des mesures patronales fondées sur les travaux de Thévenot et Boltanski, v. F. Guimard, *La justification des mesures de gestion du personnel*, Thèse Paris X-Nanterre, 2000, pp. 494 et s.

(31) Nombreux sont ainsi les auteurs qui ont proposé que le licenciement soit alors fondé sur le trouble objectif. Le licenciement ne saurait alors être disciplinaire, v. en ce sens, J.-G. Huglo, « Le ressenti de la clientèle et la discrimination en raison des convictions religieuses », SSL, 2015, n° 1672, p. 5 ; Ch. Mathieu, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2012, p. 17.

(32) CEDH, 15 janvier 2013, aff. *Chaplin*, req. n° 59842/10 ; Sharpston, concl. préc., § 99.

(33) V. P. Adam, M. Le Friant, L. Pécaut-Rivolier, Y. Tarasewicz, « La religion dans l'entreprise », RDT 2016. 532.

(34) V. notamment, CEDH, 15 janvier 2013, aff. *Eweida*, § 94.

(35) P. Adam, « Dieu, la caissière et le temple (des marchands) - Du sommet à la base », SSL n° 1651, p. 10.

(36) CA Saint-Denis de la Réunion, Ch. soc. 9 septembre 1997 : Juris-Data n° 1997-703306.

(37) V. également, en ce sens, CA Paris, 16 mars 2001, 18^{ème} ch. E, RG n°99/31302.

(38) Sur ces conclusions, v. N. Moizard, RDT. 2016. 569 ; S. Laulom, SSL, n° 1788.

(39) CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure solution*, aff. C-157/15.

(40) CJUE, 14 mars 2017, *Bouguanou et ADDH*, aff. C-188/15.

(41) CEDH, 5 décembre 2002, *OuranioToxo et a. c/ Grèce*, n° 74989/01, § 40. V. également Y. Pagnierre, préc.

(42) Pour quelques exemples, v. P. Adam, M. Le Friant, L. Pécaut-Rivolier, Y. Tarasewicz, préc.

manifester ses convictions, notamment religieuses, heurterait véritablement la liberté de conscience (43).

Que la justification tienne aux nécessités du fonctionnement de l'entreprise ou au conflit avec d'autres droits fondamentaux, elle ne suffit pas à autoriser une atteinte à la manifestation de convictions. Il faut, en outre, que l'atteinte soit proportionnée au but recherché.

B. La proportionnalité de l'atteinte au but recherché

En dépit de la généralité de la formule, il est évident que l'appréciation de la proportionnalité dépend du but recherché : la sécurité du public permet plus aisément de restreindre une liberté que l'atteinte à l'image de marque d'une entreprise, ce que la jurisprudence citée précédemment souligne clairement. Cette précision faite, il n'en demeure pas moins que l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte à un droit fondamental doit comporter deux temps lorsqu'est en cause une décision individuelle, prise sur le fondement d'une disposition générale telle qu'une obligation de neutralité imposée par un règlement intérieur (44). Dans un premier temps, il faut vérifier si la règle d'interdiction ne restreint pas, à elle seule, de manière excessive, le droit fondamental en cause. De jurisprudence constante, les interdictions générales

et absolues sont, en principe, excessives ou disproportionnées (45). Serait ainsi condamnée la seule inscription de l'obligation de neutralité sans limitations ou indications des circonstances dans lesquelles elle est applicable. Notamment, seuls les salariés en contact avec la clientèle peuvent se voir imposer une obligation de neutralité, lorsque celle-ci est commandée par l'image que l'employeur souhaite imprimer à son entreprise (46). Il faut ajouter que ces limitations ou indications devront également passer sous les fourches caudines de ce premier examen de proportionnalité. Dans un second temps, et une fois l'examen de la règle et de ses modalités effectué, le juge doit vérifier si la mesure individuelle ne porte pas une atteinte disproportionnée au salarié, pris individuellement (47). L'effet de la mesure sur la situation individuelle du salarié est pris en compte, au point qu'il faut parfois envisager si une mesure moins attentatoire aux droits et libertés du salarié ne pouvait être prise (48). La logique des aménagements raisonnables pourrait, par ce biais, être introduite.

À l'issue de cette exégèse de l'article L. 1321-2-1, on pourrait croire que les restrictions aux manifestations de convictions religieuses ne doivent être analysées que sous l'angle d'une atteinte aux libertés. Pourtant, pareilles restrictions constituent également une discrimination.

IV. Le droit de la lutte contre les discriminations en embuscade

Une restriction générale à la liberté de manifester ses convictions, à laquelle invite le nouvel article L. 1321-2-1, peut, sans nul doute, faire naître des situations de discrimination en raison de la religion. La Chambre sociale l'avait bien compris et, dans l'affaire *Baby Loup*, avait cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles au double visa des articles L. 1121-1 et L. 1132-1 du Code du travail (48). En effet, la mesure générale crée évidemment une situation défavorable pour les personnes qui considèrent que leur religion leur impose le port de signe manifestant leur conviction. Mais la discrimination ainsi produite est-elle directe ou indirecte ? L'enjeu n'est pas mince et tient au régime de justification :

la justification de la discrimination indirecte est nettement plus facile à apporter que celle de la discrimination directe (49). La discrimination indirecte est admise dès lors que la mesure est justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires (50). On se rapproche alors du régime de l'atteinte à la liberté. En revanche, une mesure qui constituerait une discrimination directe n'est admise, en droit de l'Union, que si l'objectif poursuivi est légitime et l'exigence proportionnée, et si, eu égard à la nature de la tâche, la caractéristique liée à un motif protégé constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Les conditions deviennent alors plus strictes (51).

(43) Dans le même sens, Y. Pagnier, préc.

(44) Pour un rappel éclatant de ce double niveau dans le contrôle de proportionnalité, v. CE, 31 mai 2016, n° 396.848, RTD Civ. 2016. 578, n. P. Deumier. Le Conseil d'État, après avoir vérifié la compatibilité, notamment au regard de la proportionnalité des dispositions générales en matière d'insémination artificielle, vérifie que l'application ne constitue pas « une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention ».

(45) Ce qu'a rappelé, notamment, la Chambre sociale de la Cour de cassation dans l'affaire *Baby Loup* (Cass. Soc. 19 mars 2013, préc.). V. également CPH Lyon 18 septembre 2014, art. P. Adam, « Dieu, la caissière et le temple (des marchands) – Du sommet à

la base », préc ; CA Paris, 25 mars 2015, n° S 13/05179. V. déjà en matière de règlement intérieur CE, 8 juillet 1988, Lebon T. 1403.

(46) C.JUE, G4S, préc. (§38).

(47) Rapp. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2013, Bull. I, n° 234, RTD Civ. 2014. 307, n. J.-P. Marguénaud.

(48) Rapp. Cass. Soc., 1^{er} février 2017, n° 16-10.459 ; C.JUE, G4S, préc., §43.

(49) Cass. Soc. 19 mars 2013, préc.

(50) V. par exemple, C.JUE 12 décembre 2013, *Hay*, aff.C-267/12, § 45

(51) V. C.JUE, 14 mars 2017, *Bougnouli*, préc., §§ 38-40.

Sans nul doute, les restrictions à la liberté de manifester ses convictions, qui découlent de l'inscription du principe de neutralité, pourront recevoir la qualification de discrimination indirecte (52). En effet, la mesure imposant à tous les salariés de ne pas manifester leurs convictions paraît neutre. Elle ne vise aucune personne en particulier en raison de son appartenance à un groupe dont la caractéristique ne peut être prise en compte, mais elle est susceptible d'affecter certaines personnes plus défavorablement : les salariés pratiquants, et notamment les salariés musulmans. Toutefois, en rester à pareille qualification n'est pas sans susciter un certain malaise.

L'inscription d'un principe de neutralité dans le règlement intérieur aura des effets discriminatoires évidents, voire directement recherchés, lorsqu'il s'agira de pouvoir sanctionner des salariés extériorisant leur convictions religieuses, syndicales ou politiques (53). La neutralité imposée ne pourrait-elle pas alors être constitutive d'une discrimination directe ? Des considérations pratiques leissent d'abord penser. D'une part, certaines modalités de mise en œuvre du principe de neutralité – interdiction de couvre-chefs manifestant des convictions, par exemple – suggèrent qu'en réalité, une catégorie particulière de salariés est visée. Or, la CJUE tend à ne pas retenir la discrimination indirecte lorsque l'apparence de neutralité de la mesure est très facile à dissiper. Dans ce type d'hypothèse, la discrimination directe est constituée (54). D'autre part, l'usage du principe de neutralité est susceptible de faire apparaître que l'employeur n'utilise ses prérogatives disciplinaires que contre certains salariés (les salariés musulmans, par exemple), ce qui constitue une discrimination directe (55). Les salariés pourraient alors démontrer pareille discrimination en présentant des faits qui laissent supposer son existence.

Au-delà de ces configurations factuelles sonne étrangement l'affirmation selon laquelle une mesure ou une règle, qui traite défavorablement toutes les convictions (religieuses, syndicales, politiques), n'est pas directement discriminatoire parce que, précisément, toutes les convictions sont également désavantagées (56). En effet, la question de la comparaison y est escamotée. Bien que toutes les manifes-

tations de convictions soient traitées de manière identique, demeurent traitées de manière distincte les personnes qui ont des convictions religieuses, politiques, syndicales et celles qui n'en ont pas. La discrimination est alors directe, la mesure défavorable étant liée à une caractéristique qui ne devrait pas être prise en compte.

Plus fondamentalement encore, à ne retenir que la qualification de discrimination indirecte, on court le risque d'ébranler le système de lutte contre les discriminations. La discrimination indirecte a, notamment, pour fonction de remédier aux insuffisances de la discrimination directe, soit en saisissant des causes sous-jacentes de la discrimination, de nature souvent structurelle, soit pour saisir des comportements répréhensibles, mais difficiles à repérer. Schématiquement, la discrimination indirecte recouvre donc la discrimination systémique et la discrimination déguisée (57). La discrimination indirecte vient donc renforcer l'effectivité de l'égalité en complétant la discrimination directe, et non affaiblir la première en supplantant la seconde. Aussi peut-on affirmer que la discrimination indirecte est utilisée à contre-emploi lorsqu'elle ne sert qu'à justifier plus aisément un traitement défavorable réservé, notamment, à des salariés pratiquants. L'interprétation téléologique généralement retenue en droit de l'Union (58) aurait donc dû inviter à ne pas se satisfaire de la seule qualification de discrimination indirecte. La CJUE, dans les arrêts du 14 mars 2017, n'a pas épousé ce raisonnement, et, dès lors, il faut admettre que la compatibilité de l'article L.1321-2-1, en tant que tel, au droit anti-discriminatoire de l'Union européenne paraît aujourd'hui difficile à mettre en doute. Certes, il reste aux salariés des espaces pour contester l'application ou l'introduction de l'exigence de neutralité dans les entreprises, notamment lorsque cette exigence n'affecte pas toutes les convictions, que des salariés y sont soumis sans avoir de contact visuel avec la clientèle, qu'une mesure moins attentatoire aux libertés que la sanction prononcée était envisageable... Il n'en reste pas moins que les employeurs disposent désormais d'un mode d'emploi pour museler toute manifestation de convictions dans les entreprises.

Cyril Wolmark

(52) Art. Dir. 2000/43, art. 2 b) ; L. 27 mai 2008, art. 1^{er}.

(53) V. En ce sens, les conclusions des avocates générales Kokott (concl. 31 mai 2016, aff. C-157/15) et Sharpston (concl. 13 juillet 2016, aff. C-188/15), sur ce point convergentes.

(54) Voir les faits de l'affaire C-157/15.

(55) V. CJUE, G4S, préc., §40, où l'accent est mis sur la nécessité pour l'employeur « de poursuivre de manière cohérente et systématique » une politique de neutralité.

(56) V. par exemple CJCE (GC), 1^{er} avril 2008, *Maruko c/ Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, aff. C-267/06 : « l'examen de ce caractère comparable doit être effectué non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et

concrète au regard de la prestation concernée », pts 67 à 69. V. également, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité*, dir. T. Gründler, Rapport Université Paris-Nanterre avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice, 2016, p. 97.

(56) V. S. Hennette-Vauchez, C. Wolmark, « Plus vous discriminez, moins vous discriminez », SSL n° 1728, p. 5.

(57) Dans le même sens, C. Tobler, *Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*, Rapport pour la Commission européenne, septembre 2008, p. 27.

(58) Sur les liens entre interprétation téléologique et les compétences de l'UE, J. Porta, *La réalisation du droit communautaire*, tome 1, LGDJ, Varenne, 2007, pp. 347 et s.