

lieu de travail – Port du foulard islamique – 1/ Caractérisation d'un service public – Service de santé au travail relevant d'une mission d'intérêt général, mais absence de mission confiée par l'administration, de prérogative de puissance publique ou de contrôle – Application des principes de laïcité et de neutralité (non) 2/ Salariée licenciée pour faute grave pour manquement à l'interdiction patronale de porter le foulard, compte tenu de ses fonctions d'infirmière exercées en contact avec la clientèle – Absence de clause de neutralité prévue au règlement intérieur – Interdiction n'ayant pas été notifiée à d'autres salariés – Absence d'exigence professionnelle essentielle et déterminante relative aux fonctions d'infirmière – Discrimination directe (oui) – Licenciement nul.

COUR D'APPEL DE VERSAILLES 29 novembre 2018

Mme A. contre SAS Facilitess (n° RG 17/01.249)

Mme A. a été engagée le 6 mai 2013, par contrat à durée déterminée, en qualité d'infirmière par la société Facilitess (la Société). Elle a été affectée en qualité d'infirmière concourant au service de santé au travail sur le site SAP, cliente de la société Facilitess. Un contrat à durée indéterminée a été conclu le 12 novembre 2013 et la salariée a continué à exercer ses fonctions sur le même site.

La photographie de la carte d'accès délivrée à Mme A. par SAP montre la salariée portant un voile laissant son visage découvert.

Le 3 juillet 2015, la société Facilitess a avisé Mme A. de son remplacement sur le site SAP à compter du 15 juillet 2015. La société a précisé, le 16 juillet 2015, que la salariée était dispensée d'activité dans l'attente de sa nouvelle affectation.

Dans une lettre du 20 juillet 2015, l'employeur a informé Mme A. de ce qu'elle était affectée, à compter du 3 août 2015, sur le site de la SC Galec. Cette lettre précisait : « Tenue : Vous devez avoir chaque *jour une tenue irréprochable. Compte tenu de vos fonctions d'infirmière exercées en contact direct avec la clientèle, le port du voile ou de tout autre signe ostentatoire ne pourra être admis* ».

Par mail du 3 août 2015, l'employeur a informé Mme A. de ce qu'elle était dispensée de se rendre sur son lieu de travail ce jour-là et qu'elle était attendue sur le site le lendemain à partir de 8 h 45. Le 4 août 2015, Mme A., qui portait le voile, s'est présentée à son poste de travail au sein de l'établissement de la société Galec. Relevant que les prescriptions relatives à la tenue n'avaient pas été respectées, l'employeur a remis à la salariée une mise en demeure de quitter le lieu de travail.

Par lettre datée du 7 août 2015, Mme A. a été mise à pied à titre conservatoire et convoquée à un entretien préalable fixé au 12 août 2015. Elle a été licenciée le 27 août 2015 pour faute grave.

Par requête du 15 septembre 2015, Mme A. a saisi le Conseil de prud'hommes de Nanterre afin de contester la rupture de son contrat de travail et de demander, notamment, la condamnation de son employeur au paiement des sommes suivantes :

- 1.617 euros bruts au titre du rappel de mise à pied conservatoire, outre 161,70 euros bruts au titre des congés payés afférents ;
- 25.000 euros au titre de l'indemnité pour licenciement nul et, subsidiairement, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- 1.263,97 euros au titre de l'indemnité de licenciement ;
- 7.507,65 euros bruts au titre de l'indemnité compensatrice de préavis, outre 750,76 euros bruts au titre des congés payés afférents ;
- 2.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

La société Facilitess a demandé au conseil de débouter Mme A. de ses demandes.

Par jugement rendu le 8 février 2017, le conseil (section « Activités diverses »), après avoir écarté la demande en nullité du licenciement et retenu que celui-ci reposait sur une cause réelle et sérieuse, a :

- fixé la moyenne des salaires à la somme de 2.527,95 euros ;
- condamné en conséquence la société Facilitess, prise en la personne de son représentant légal, à verser à Mme A. les sommes de 1.617 euros à titre de rappel de mise à pied conservatoire, 161,70 euros à titre de congés payés afférents, 7.507,65 euros à titre d'indemnité compensatrice de préavis, 750,76 euros à titre de congés payés afférents, 1.263,97 euros à titre d'indemnité légale de licenciement, 950 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- ordonné la remise de l'attestation Pôle Emploi et du certificat de travail conformes à la décision ;
- dit que les condamnations à caractère indemnitaire porteront intérêts de droit à compter du prononcé du présent jugement ;
- débouté Mme A. du surplus de ses demandes ;
- condamné la société Facilitess aux entiers dépens.

Le 7 mars 2017, Mme A. a relevé par voie électronique appel partiel de cette décision. Cet appel a été limité au rejet de la demande de la somme de 25.000 euros nets d'indemnité pour licenciement nul, ou, subsidiairement, sans cause réelle et sérieuse.

Par ordonnance rendue le 3 mai 2017, l'affaire a été fixée selon les dispositions de l'article 905 du Code de procédure civile.

Par ordonnance rendue le 21 juin 2018, la clôture de l'instruction a été ordonnée et la date des plaidoiries a été fixée au 9 octobre 2018.

Par dernières conclusions écrites du 1^{er} décembre 2017, auxquelles il est renvoyé pour plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, conformément à l'article 455 du Code de procédure civile, Mme A. demande à la cour de :

- infirmer le premier jugement en ce qu'il a jugé que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse et le confirmer pour le surplus ;
- juger que le licenciement est nul et, subsidiairement, qu'il est dépourvu de cause réelle et sérieuse ;
- fixer la moyenne de salaire à la somme de 2.527,95 euros bruts, en conséquence, condamner la société Facilitess à payer à Mme A. :
 - 1.617 euros bruts de rappel de mise à pied conservatoire,
 - 161,70 euros bruts de congés payés y afférents ;
 - 7.507,65 euros bruts d'indemnité compensatrice de préavis,
 - 750,76 euros bruts de congés payés y afférents ;
 - 1.263,97 euros d'indemnité légale de licenciement ;
 - 25.000 euros nets d'indemnité pour licenciement nul et, subsidiairement, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
 - 3.000 euros d'indemnité de procédure sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- ordonner la remise de la fiche de paie et des documents sociaux de fin de contrat de travail (attestation Pôle Emploi et certificat de travail) conformes aux condamnations à intervenir ;
- assortir les condamnations à caractère salarial des intérêts au taux légal à compter de la date de réception de la convocation de la partie défenderesse à l'audience de conciliation ;
- condamner la société Facilitess aux entiers dépens de l'instance.

Par dernières conclusions écrites du 30 mars 2018, auxquelles il est renvoyé pour plus ample exposé des moyens et prétentions des parties conformément à l'article 455 du Code de procédure civile, la société Facilitess demande à la cour de :

- infirmer le jugement entrepris en ce qu'il a dit et jugé que le licenciement ne procédait pas d'une faute grave et, statuant à nouveau, dire et juger qu'il repose bien sur une telle faute ;
- infirmer en conséquence le jugement entrepris en ses condamnations pécuniaires et, statuant à nouveau, dire n'y avoir lieu à la moindre condamnation à quelque titre que cela soit à l'encontre de la SAS Facilitess et la débouter de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions ;
- condamner Mme A. au paiement de la somme de 3.000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ; ainsi qu'aux entiers dépens de première instance et d'appel.

MOTIFS DE LA DECISION

Sur la nullité du licenciement :

La lettre de licenciement, qui fixe les limites du litige, est ainsi libellée : « Aux termes de l'article II de votre contrat de travail du 12/11/2013, « le lieu de travail n'est pas fixe et pourra varier en fonction des besoins à satisfaire dans un rayon maximal de 50 kilomètres du centre de Paris ;

En application de ces clauses contractuelles, nous vous avons fait parvenir la notification de votre nouvelle affectation le 20 juillet 2015 sur le site Galec, 26 quai Marcel Boyer, 94200 Ivry-sur-Seine, à compter du 3 août 2015 ;

Cette notification précisait : « Tenue : Vous devrez avoir chaque jour une tenue irréprochable. Compte tenu de vos fonctions d'infirmière exercées en contact avec la clientèle, le port du voile ou de tout autre signe ostentatoire ne pourra être admis ».

En date du 3 août 2015, vous vous êtes présentée sur le site vêtue d'un voile, contrairement aux consignes précisées dans la notification du 20 juillet 2015. Votre présence sur le site n'étant pas envisageable dans ces conditions, nous vous avons mise en demeure de quitter le site via la remise en main propre d'un courrier le même jour.

Par conséquent, vous avez contrevenu aux articles I et VII de votre contrat de travail, 7.1 du règlement intérieur applicable à notre société, en vertu desquels vous avez l'obligation de vous confirmer strictement aux instructions qui vous sont délivrées, dans le cadre de vos fonctions, par votre supérieur hiérarchique. Vous avez donc fait preuve d'insubordination, ce que nous ne pouvons tolérer.

Votre conduite est constitutive d'une faute professionnelle grave et il découle de l'ensemble des éléments qui précèdent que vous avez gravement manqué à vos obligations professionnelles ».

Quant au moyen tiré de l'exercice d'une mission de service public :

La salariée conteste la décision du Conseil de prud'hommes qui, pour écarter la demande de nullité du licenciement, a retenu que l'entreprise exerçait une mission de service public, de sorte que l'employeur avait la possibilité de restreindre la liberté de manifester des signes religieux. Elle soutient, au contraire, que la société Facilitess est une personne de droit privé, qui ne gère aucun service public et qu'elle a toujours été affectée dans d'autres entreprises privées, afin que celles-ci remplissent leur obligation légale d'avoir un service d'infirmierie.

La société expose qu'un employeur privé, mais participant à une mission de service public, peut prévoir l'interdiction de port de signes religieux en application des principes de neutralité et de laïcité des services publics, ces principes étant applicables même lorsque la mission de service public est exercée

par une personne de droit privé. Or, l'infirmier en entreprise, de par son statut et ses missions, qui sont réglementés tout à la fois par le Code de la santé publique et le Code du travail, se trouve être l'un des acteurs des services de santé au travail avec lesquels il travaille en étroite coordination et collaboration. L'employeur affirme que les services de santé au travail, auxquels appartiennent les infirmiers en entreprise, exercent une authentique mission de service public. Il en déduit que les principes de neutralité et de laïcité permettaient et imposaient que soit apportée une restriction à la liberté religieuse des salariés de droit privé participant à une mission de service public, de sorte qu'il était parfaitement en droit, sans encourir le reproche de commettre la moindre discrimination, de prescrire à Mme A. l'interdiction du port d'un voile.

Indépendamment des cas dans lesquels le législateur a entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public. Même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées, ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission. Un organisme de droit privé, alors même que son activité poursuit un intérêt général, n'est chargé d'une mission de service public que si une personne publique lui a confié ce service public, tout en continuant à l'assumer.

Si le service de santé peut être regardé comme relevant d'une mission d'intérêt général, l'employeur ne justifie, ni n'allègue, tenir de l'administration une mission de service public, ni exercer à ce titre une quelconque prérogative de puissance publique ou bien que l'administration, après avoir défini une mission de service public qu'elle lui aurait confiée, exerce sur elle un contrôle afin de vérifier si les objectifs sont respectés. L'employeur ne justifie pas davantage que la salariée exerçait ses fonctions dans une entreprise qui aurait exercé une mission de service public telle que définie ci-dessus.

Dès lors, c'est à tort que le conseil de prud'hommes a retenu que l'employeur pouvait, dans le cadre de sa mission de service public, restreindre la liberté de manifester des signes religieux. Le jugement sera donc infirmé en conséquence.

Quant au moyen relatif à l'existence d'une discrimination :

Mme A. expose que le licenciement pour faute grave a été explicitement prononcé au motif qu'elle n'avait

pas respecté l'obligation qui lui avait été imposée dans le cadre du document lui notifiant son changement d'affectation de ne pas porter de voile ou tout autre signe ostentatoire. Elle en déduit que le licenciement est fondé sur une discrimination directe illicite, dès lors qu'il n'existait aucun règlement intérieur édictant une clause générale de neutralité. Elle précise que l'employeur ne peut pas s'appuyer sur des préjugés éventuellement défavorables de sa clientèle envers telle ou telle religion, préjugés eux-mêmes punis par la loi, pour plaire à ses clients et leur éviter le contact avec des salariés qui appartiendraient à cette religion. La salariée ajoute que la mesure d'interdiction de port du voile est disproportionnée, puisqu'aucune discussion n'a été entamée avec elle et aucune explication ne lui a été fournie et que, de surcroît, elle est la seule salariée à avoir été visée par une telle interdiction. Mme A. considère donc que son licenciement constitue une mesure discriminatoire et doit donc être annulé.

L'employeur explique que la salariée, qui exerçait ses fonctions d'infirmière en entreprise dans le cadre d'un contrat de prestation de services, était en relation quotidienne avec, à la fois, la société cliente et le public constitué des salariés de cette dernière. Du fait de la nature des fonctions exercées, Mme A. était placée dans une relation potentiellement extrêmement intime avec les salariés, hommes ou femmes, se rendant à l'infirmierie, par définition pour des problèmes de santé, et donc potentiellement amenés à faire part de difficultés personnelles/intimes, et que ces fonctions étaient de nature à justifier que la salariée ne soit porteuse d'aucun signe extérieur témoignant de son appartenance à une quelconque religion, et ce dans le souci de préserver l'authenticité de relations exemptes de toute considération relative à la croyance religieuse et ce, indépendamment même de tout préjugé. Elle en déduit qu'en considération de la tâche à accomplir, elle avait la possibilité d'interdire à Mme A. de porter le voile. La Société ajoute que la société cliente, SC Galec, avait expressément demandé à ce que la salariée qui allait être mise à sa disposition, dans le cadre du contrat de prestation de services, ne soit pas porteuse du voile. L'employeur considère que cette demande expresse de sa cliente constituait une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice, exigence l'autorisant à interdire de porter le voile. L'employeur affirme en conséquence que le licenciement pour faute grave était justifié, dès lors que la salariée avait refusé de se soumettre à l'interdiction qui lui avait été faite.

Il résulte des dispositions de l'article L. 1132-1 du Code du travail qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, en matière de rémunération, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation,

de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son apparence physique ou de ses convictions religieuses. En application de l'article L.1134-1 du Code du travail, lorsque le salarié présente des éléments de fait constituant, selon lui, une discrimination directe ou indirecte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments dans leur ensemble laissent supposer l'existence d'une telle discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La Cour de justice de l'Union européenne, par arrêt du 14 mars 2017 (CJUE, *Asma Bougnaoui*, aff. C-188/15), a dit pour droit : « *L'article 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition* ». Par arrêt du même jour (CJUE, 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15), la Cour de justice a dit pour droit : « *L'article 2, § 2, sous a), de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de cette directive. En revanche, une telle règle interne d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de l'article 2, § 2, sous b), de la directive 2000/78/CE s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* ». La Cour de justice a précisé, dans les motifs de cette dernière décision (§ 43), s'agissant du refus d'une salariée de renoncer au port du foulard islamique dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès de clients de l'employeur, qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise, et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il eût

été possible à l'employeur, face à un tel refus, de lui proposer un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement.

Il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1 et L. 1133-1 du Code du travail, mettant en œuvre en droit interne les dispositions des articles 2, § 2, et 4, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, 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. Aux termes de l'article L.1321-3, 2°, du Code du travail, le règlement intérieur ne peut contenir des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché.

L'employeur, investi de la mission de faire respecter au sein de la communauté de travail l'ensemble des libertés et droits fondamentaux de chaque salarié, peut prévoir, dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service soumise aux mêmes dispositions que le règlement intérieur, en application de l'article L.1321-5 du Code du travail, une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients. En présence du refus d'un salarié de se conformer à une telle clause dans l'exercice de ses activités professionnelles auprès des clients de l'entreprise, il appartient à l'employeur de rechercher si, tout en tenant compte des contraintes inhérentes à l'entreprise et sans que celle-ci ait à subir une charge supplémentaire, il lui est possible de proposer au salarié un poste de travail n'impliquant pas de contact visuel avec ces clients, plutôt que de procéder à son licenciement.

L'employeur ne justifie pas de l'existence d'un règlement intérieur, ni d'une note de service, contenant une clause générale et indifférenciée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail et ne s'appliquant qu'aux salariés en contact avec les clients.

Le port du voile par la salariée était connu de l'employeur, puisque la photographie de la carte d'accès au site SAP montre l'infirmière portant un tel voile.

L'interdiction de porter le voile opposée à la salariée repose sur un courrier qui lui a été adressé personnellement le 20 juillet 2015 pour lui notifier sa nouvelle affectation sur le site de SC Galec. Cette lettre contenait une mention relative à la tenue : « *vous devez avoir chaque jour une tenue irréprochable. Compte tenu de vos fonctions*

d'infirmières en contact direct avec la clientèle, le port du voile ou de tout autre signe ostentatoire ne pourra être admis ». Cette mesure fait manifestement suite à un échange avec les responsables de SC Galec. En effet, au directeur des ressources humaines de cette entreprise, qui demandait dans un mail du 21 juillet 2015 « *quelles assurances avez-vous qu'elle respecte bien ses engagements ? Que ferez-vous le cas échéant ?* », la responsable des comptes Facilitess répondait : « *sachez que nous avons imposé à notre infirmière de ne pas venir avec tout signe religieux ou même ostentatoire. De ce fait, elle devra se présenter le lundi 3 août sur votre site* ». Il apparaît que l'interdiction n'a été fulminée que pour interdire la manifestation par la salariée de son appartenance religieuse, l'extension aux signes ostentatoires, catégorie vague et indéfinie, n'ayant manifestement pour objet que de renforcer la prohibition du port du voile et d'éviter que la salariée ne parvienne à la contourner d'une façon quelconque.

L'employeur ne justifiant pas que cette interdiction ait été notifiée à d'autres salariés exerçant dans un service de santé au travail, il apparaît que cette restriction à la liberté religieuse est une mesure purement individuelle.

Dans une lettre du 22 juillet 2015, la salariée a protesté contre cette interdiction de port du voile en relevant qu'elle avait toujours travaillé avec son foulard sans que cela pose le moindre problème, que la nature de son travail ne justifiait en rien une telle interdiction et que ni le contrat de travail, ni le règlement intérieur de l'entreprise ne prévoyait une telle clause.

Au-delà de considération générale sur l'intimité de la relation qui, selon lui, pourrait se nouer avec les salariés venant en consultation, l'employeur ne justifie d'aucun élément concret qui permettrait d'établir que l'interdiction du port du voile constituerait une exigence nécessaire et proportionnée au bon exercice des fonctions d'infirmière en entreprise. Il ne justifie pas quelle exigence de nature professionnelle précise justifierait qu'une telle interdiction soit limitée à la seule Mme A., qui manifestait son appartenance à la religion musulmane par le port du voile. L'employeur n'explique, ni ne justifie davantage en quoi une telle restriction à la liberté doit être limitée au port du voile et ne concerne pas d'autres manifestations d'appartenance politique, philosophique ou religieuse.

Ainsi que l'a dit la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 14 mars 2017, la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 2, § 2, sous b), de la directive 2000/78/CE. La société Facilitess, qui ne justifie en rien des motivations réelles de la société SC

Galec pour exiger que la salariée mise à sa disposition ne soit pas porteuse du voile, ne pouvait s'abriter derrière la volonté de sa cliente pour imposer une restriction injustifiée à la liberté religieuse.

Les conditions dans lesquelles l'employeur a retenu une insubordination à l'encontre de la salariée ne laissent aucun doute sur la discrimination. En effet, dans sa lettre du 22 juillet 2015, la salariée avait déjà protesté de façon argumentée contre la mesure d'interdiction de port du voile qui lui était appliquée. Alors que Mme A. devait se rendre sur le site de sa nouvelle affectation, l'employeur lui a indiqué, dans un mail du 3 août 2015, que, « *suite à un souci organisationnel sur le site Galec* », elle était dispensée de venir ce jour-là et qu'elle était attendue le lendemain à partir de 8 h 45. Or, le 4 août 2015, il lui était remis une mise en demeure dactylographiée, datée du 3 août 2015, par laquelle l'employeur relevait que la salariée n'avait pas respecté les prescriptions relatives à la tenue et était mise en demeure de quitter le site. Cette lettre, qui a été préparée la veille, révèle que l'employeur entendait se saisir du port du voile pour la mettre à pied dès son arrivée sur les lieux, sans chercher d'autre solution, et à engager ensuite la procédure de licenciement pour faute grave.

Il en découle que le licenciement qui a frappé Mme A. repose sur une discrimination directe illicite et que sa nullité doit être retenue.

Quant aux conséquences de la nullité :

La salariée explique qu'elle a été brutalement licenciée au terme d'une procédure expéditive et pour un motif discriminatoire, alors qu'elle était une jeune mère d'un enfant né en 2014. Elle ajoute être restée sans emploi pendant plus d'un an avant de retrouver une activité d'infirmière libérale, laquelle ne lui procure pas de revenus réguliers. Elle réclame l'allocation d'une indemnité pour licenciement nul d'un montant de 25.000 euros bruts.

L'employeur soutient que la salariée ne justifie pas d'un préjudice qui serait supérieur à six mois de salaire.

Lorsque le salarié, dont le licenciement est nul, ne demande pas sa réintégration dans son poste, il a droit, d'une part, aux indemnités de rupture, et, d'autre part, à une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement et au moins égale à celle prévue par l'article L.1235-3 du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, quelles que soient son ancienneté et la taille de l'entreprise. Cette indemnité doit donc être au moins égale aux six derniers mois de salaire.

Au regard de l'ancienneté de la salariée, de son âge, des conditions de son éviction de l'entreprise, de la durée de chômage qu'elle a subie et de ses perspectives professionnelles, le préjudice résultant du licenciement doit être arrêté à la somme de 20.000 euros bruts.

La salariée doit également percevoir un rappel de salaire pour la période de mise à pied conservatoire, une indemnité de préavis correspondant au salaire qu'elle aurait dû percevoir pendant cette période si le licenciement n'avait pas été affecté de nullité et une indemnité de licenciement. Le jugement n'ayant pas exprimé les condamnations de ces chefs en sommes brutes sera infirmé en conséquence. L'employeur sera condamné au paiement de 1.617 euros bruts à titre de rappel de salaire pour la période de mise à pied conservatoire, outre 161,70 euros bruts au titre des congés payés afférents, 7.507,65 euros bruts à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 750,56 euros bruts au titre des congés payés afférents, 1.267,94 bruts à titre d'indemnité légale de licenciement. Ces sommes porteront intérêt au taux légal à compter de la convocation devant le conseil de prud'hommes conformément à l'article 1231-6 du Code civil.

La Société doit être condamnée à remettre à la salariée un bulletin de salaire et les documents de fin de contrat conformes à la présente décision.

Sur les dépens et les frais irrépétibles :

L'employeur, qui succombe, doit supporter les dépens.

Il paraît inéquitable de laisser à la charge de la salariée l'intégralité des sommes avancées par elle et non comprises dans les dépens. Il lui sera alloué la somme de 3.000 euros en vertu de l'article 700 du Code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement, par arrêt contradictoire,

Infirmé en toutes ses dispositions le jugement rendu par le Conseil de prud'hommes de Nanterre le 8 février 2017,

Statuant de nouveau,

Dit que le licenciement est nul,

Condamne la société Facilitess à payer à Mme A., avec les intérêts légaux à compter de la convocation devant le conseil de prud'hommes, les sommes suivantes :

- 1.617 euros bruts à titre de rappel de salaire pour la période de mise à pied conservatoire, outre 161,70 euros bruts au titre des congés payés afférents,
- 7.507,65 euros bruts, à titre d'indemnité compensatrice de préavis, outre 750,56 euros au titre des congés payés afférents,

- 1.267,94 bruts à titre d'indemnité légale de licenciement,

Condamne la société Facilitess à payer à Mme A. les sommes suivantes :

- 20.000 euros bruts à titre d'indemnité pour licenciement nul,
- 3.000 euros au titre des frais irrépétibles,

Condamne la société Facilitess à remettre à Mme A. un bulletin de salaire et les documents de fin de contrat (attestation Pôle Emploi et certificat de travail) conformes à la présente décision.

Déboute Mme A. du surplus de ses prétentions.

Déboute la société Facilitess de ses demandes.

Condamne la société Facilitess aux dépens de première instance et d'appel.

(M. Flores, prés. – M^e Hamoudi, Taillandier-Lasnier, av.)

Note.

Cet arrêt de la Cour d'appel, qui revient sur l'atteinte à la liberté religieuse d'une salariée musulmane et le caractère discriminatoire de cette atteinte, attire l'attention du lecteur en ce qu'il tire opportunément les leçons de deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 mars 2017 (1), qui ont permis à la Cour de cassation, dans son arrêt *Micropole Univers* du 22 novembre suivant (2), d'opérer d'importantes rectifications par rapport à la jurisprudence de son second arrêt *Baby Loup* (3) (I).

Il est, en outre, intéressant de lire l'arrêt rapporté à la lumière des constatations du Comité des droits de l'Homme intervenues dans cette même affaire *Baby Loup* le 10 août 2018, lesquelles ont marqué une importante progression par rapport aux arrêts précités de la CJUE dans la dénonciation des atteintes à la liberté religieuse des femmes musulmanes (4) (II).

I. La salariée avait été engagée en qualité d'infirmière le 6 mai 2013 par la société Facilitess, dont l'objet est d'offrir à ses entreprises clientes différentes prestations de services. La salariée avait d'abord été affectée aux services de santé de la société SAP, puis, à partir du 3 août 2015, à ceux de la société Galec.

L'origine du litige réside dans l'exigence, de la part de l'employeur, comme préalable à cette nouvelle

(1) CJUE 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui* et *ADDH c/ Micropole Univers*, aff. C-188/15, et CJUE 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15.

(2) Cass. Ass. Plén. 25 juin 2014, n° 13-28.369, P+B+R+I.

(3) Cass. Soc. 22 novembre 2017, n° 13-19.855, P+B+R+I ; sur l'ensemble de la question, Marie-France Bied-Charreton, La liberté de manifester ses convictions dans l'entreprise par le port d'un signe extérieur, À propos de l'arrêt *Micropole Univers* du 22 novembre 2017, Dr. Ouvr. 2018, pp. 76 et s.

(4) « Constatations adoptées par le Comité en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte concernant la communication n° 2662, CCPR/123/D/2262/2015 », commentées de manière particulièrement claire et pertinente par Stéphanie Hennette-Vauchez : Pour une lecture dialogique du droit international des droits humains, in La Revue des droits de l'homme, édition en ligne de septembre 2018 (<https://journals.openedition.org/revdh/4643>), et Dr. Ouvr. 2018, pp. 729 et s.

affectation, que la salariée aille à son poste la tête découverte, alors qu'elle portait auparavant un voile islamique, ce qui n'avait, jusque-là, jamais suscité de difficulté.

Dans le souci de ne pas mécontenter sa nouvelle cliente, la société Facilitess a décidé d'interdire à la salariée « *le port du voile ou de tout autre signe ostentatoire* », « *compte tenu de vos fonctions d'infirmière exercées en contact direct avec la clientèle* », par une lettre personnelle du 3 août 2015, et ce, en l'absence de toute clause du règlement intérieur prohibant le port visible de signes politiques, philosophiques ou religieux sur le lieu de travail et ne s'appliquant qu'aux salariés en contact avec les clients. Elle a licencié la salariée le 27 août suivant pour faute grave en lui reprochant son refus de se conformer à cette interdiction.

Après le rejet par le Conseil de prud'hommes de l'ensemble des demandes indemnitaires de la salariée, en particulier celle pour licenciement nul au titre de la discrimination, la Cour d'appel de Versailles a infirmé le jugement entrepris par l'arrêt commenté du 29 novembre 2018 et a déclaré le licenciement nul comme étant discriminatoire.

II. À titre liminaire, les juges du fond ont eu à écarter un argument de la société Facilitess tiré de ce que le principe de la liberté religieuse n'aurait pas eu à s'appliquer, dès lors que la salariée se serait vue imposer une « *mission de service public* » en sa qualité d'infirmière affectée à un service de santé (5). La Cour d'appel a, à juste titre, considéré que « *si le service de santé peut être regardé comme relevant d'une mission d'intérêt général, l'employeur ne justifie, ni n'allègue, tenir de l'administration une mission de service public, ni exercer à ce titre une quelconque prérogative de puissance publique ou bien que l'administration, après avoir défini une mission de service public qu'elle lui aurait confiée, exerce sur elle un contrôle afin de vérifier si les objectifs sont respectés. L'employeur ne justifie pas davantage que la salariée exerçait ses fonctions dans une entreprise qui aurait exercé une mission de service public* ». Cette solution – déjà abordée dans l'affaire *Baby-Loup* en raison de l'activité de crèche de l'employeur et de l'apport de subventions

municipales pour son fonctionnement – est en effet conforme au principe bien établi selon lequel, dès lors qu'une entreprise privée ne s'est vue confier aucune mission de service public par l'État ou une collectivité publique, elle n'est pas soumise aux principes de laïcité et de neutralité, et ce quand bien même elle remplirait une mission d'intérêt général (6).

III. Nous nous attacherons donc essentiellement à la portée de l'arrêt commenté en ce qui concerne l'atteinte à la liberté religieuse et la discrimination.

Tout d'abord, selon cet arrêt, le règlement intérieur, qui ne faisait en l'espèce qu'imposer aux salariés, de manière vague et générale, le respect de l'ensemble des instructions de l'employeur, ne comprenait aucune clause de neutralité, dont l'existence ne saurait au demeurant se déduire du seul fait que l'employeur avait interdit le port du voile à la salariée, et qu'il serait résulté du règlement intérieur que les salariés doivent respecter les instructions de l'employeur. La Cour d'appel a retenu que l'interdiction faite par l'employeur n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article L. 1321-2-1 du Code du travail autorisant l'insertion, sous certaines conditions, d'une clause de neutralité dans le règlement intérieur. La Cour d'appel a considéré qu'en l'absence d'une telle clause, et compte tenu, d'une part, de la connaissance par l'employeur du port du voile par la salariée dès son embauche et, d'autre part, de la rédaction de la lettre de l'employeur interdisant à la salariée le port du voile ou de tout autre signe ostentatoire, il apparaissait « *que l'interdiction n'a été fulminée (7) que pour interdire la manifestation par la salariée de son appartenance religieuse, l'extension aux signes ostentatoires, catégorie vague et indéfinie, n'ayant manifestement pour objet que de renforcer la prohibition du port du voile et d'éviter que la salariée ne parvienne à la contourner d'une façon quelconque* ».

Puis la Cour d'appel a relevé l'existence d'une discrimination religieuse directe injustifiée en constatant, d'abord, que la mesure d'interdiction avait un caractère purement individuel, dès lors qu'elle n'avait atteint aucun autre salarié exerçant dans un service de santé au travail. Elle a considéré que « *les conditions dans lesquelles l'employeur a retenu une*

(5) Cass. Soc. 19 mars 2013, n° 12-11.690, publié au Bull., CPAM de Seine-Saint-Denis : « *Les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics* ».

(6) En ce sens, CE, Section, 22 février 2007, APREI : un organisme de droit privé est chargé d'une mission de service public lorsque, « *eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* » ; Avis sur la laïcité de la CNCDH, JORF n° 0235 du 9 octobre 2013, texte

n° 41, § 16 : « *Il en résulte que les salariés d'organismes privés, par exemple des associations loi 1901, ayant en charge des missions d'intérêt général, sans qu'elles ne soient dotées de prérogatives de puissance publique ou ne soient placées sous le contrôle d'une personne publique, ne peuvent se voir contraints de respecter le strict principe de neutralité imposé aux agents du service public* ».

(7) Terme emprunté par la Cour d'appel au droit canon, comme pour renvoyer la position de l'employeur à une attitude d'intolérance religieuse.

insubordination à l'encontre de la salariée ne laissent aucun doute sur la discrimination ». Selon l'arrêt, d'une part, la salariée avait déjà protesté contre l'interdiction du voile, d'autre part, lors de sa nouvelle affectation, l'employeur lui avait adressé un mail du 3 août 2015, selon lequel « suite à un souci organisationnel sur le site Galec », elle était dispensée de venir, et qu'elle était attendue le lendemain, jour où il lui a alors été remis une mise en demeure – datée du 3 août – de quitter le site en raison du port du voile, et enfin, toujours selon l'arrêt, cette lettre, préparée la veille, révélait que « l'employeur entendait se saisir du port du voile pour la mettre à pied dès son arrivée sur les lieux, sans chercher d'autre solution (8) et engager ensuite la procédure de licenciement pour faute grave ». La Cour d'appel a ensuite retenu que l'employeur ne justifiait d'aucun élément concret qui permettait d'établir que l'interdiction du port du voile constituerait une exigence nécessaire et proportionnée au bon exercice des fonctions d'infirmières en entreprise et qu'au surplus, il n'expliquait, ni ne justifiait en quoi une telle restriction à la liberté religieuse devait être limitée au port du voile et ne concernait pas d'autres manifestations d'appartenance politique, philosophique ou religieuse.

Se référant expressément à l'arrêt de la CJUE du 14 mars 2017 rendu sur la question de la Cour de cassation française (9), la Cour d'appel a relevé que la société Facilitess ne pouvait s'abriter derrière la volonté de sa cliente pour imposer une restriction injustifiée à la liberté religieuse, dès lors qu'il ne s'agissait pas d'une « exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4 § 1 de la directive 78/2000/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail » (10). Pour mémoire, la CJUE a, par cet arrêt, considéré que cette disposition de l'article 4 § 1 de la Directive devait être interprétée « en ce sens que la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard

islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition ». De même, d'ailleurs, par son arrêt *Micropole Univers* du 22 novembre 2017, se conformant à la doctrine des deux arrêts de la CJUE, la Cour de cassation a-t-elle retenu qu'en l'absence de clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, et compte tenu du fait que l'interdiction faite à la salariée de porter le foulard islamique dans ses contacts avec les clients résultait seulement d'un ordre oral donné à une salariée et visant un signe religieux déterminé, il s'en déduisait l'existence d'une discrimination directement fondée sur les convictions religieuses, dès lors que « la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une salariée portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de l'article 4, paragraphe 1, de la directive ».

La Cour d'appel de Versailles s'est située en droite ligne de cette nouvelle jurisprudence, qui rompt nettement avec le second arrêt *Baby loup* (11) en ce qu'il avait mis en avant, dans sa motivation, les restrictions légitimes à la liberté de conviction (12), et non cette liberté elle-même, pour pouvoir mieux en déduire que la clause de neutralité de la crèche interdisait de façon justifiée le voile aux salariés en contact avec les enfants et leur mère. Ici, c'est l'ordre individuel de l'employeur qui est irrégulier. La Cour d'appel s'appuie sur le principe de la liberté religieuse avant d'examiner si sa restriction est justifiée pour en déduire que l'atteinte à cette liberté est certaine et que sa restriction est injustifiée.

Or, l'enjeu de cette solution est de taille. Comme l'a fait la Cour de cassation dans son arrêt *Micropole Univers* (13), la Cour d'appel bat en brèche la doctrine du « client-roi », avec son corollaire de la prédominance des impératifs économiques de la concurrence sur la dignité de la personne humaine (14), en

(8) La Cour d'appel paraît s'inspirer ici de l'arrêt précité du 14 mars 2017 de la CJUE, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, qui impose la recherche par l'employeur d'un autre emploi pour la salariée, mais dans le cas de l'application d'une clause de neutralité.

(9) CJUE 14 mars 2017, préc., *Asma Bougnaouaoui et ADDH c/ Micropole Univers*, aff. C-188/15, espèce dans laquelle il n'existait pas de règle interne interdisant dans l'entreprise le port d'un signe religieux.

(10) Cet article 4 § 1 de la Directive prévoit : « Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

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

(12) M.-F. Bied-Charreton, op. cit., Dr. Ouvr. 2018, spéct p. 80 *in fine*.

(13) Cass. Soc. 22 novembre 2017, préc.

(14) M.-F. Bied-Charreton op. cit., Dr. Ouvr. 2018, spéct p. 79, n. 13, citant J. C. Moreau, *Libres propos sur une jurisprudence anachronique*, *in* son blog Mediapart, <https://blogs.mediapart.fr/jean-christophe-moreau/blog/080915/les-femmes-voilees-face-au-client-roi-libres-propos-sur-une-jurisprudence-anachronique> : La doctrine du client roi « encourage une forme de capitulation juridique face aux discriminations » : elle aboutit à une sorte de « déni de justice au sens où la victime de discrimination se trouve finalement privée de recours au nom de « l'immunité économique » accordée à l'employeur ».

particulier sur le respect de la liberté de conviction religieuse de chaque salarié. C'est qu'en effet, on ne saurait admettre que préside, dans les rapports d'un employeur avec une salariée voilée, l'intolérance d'une clientèle sans lien aucun avec la nature ou la qualité de la tâche à accomplir, et motivée seulement par une hostilité subjective à l'égard d'un signe de conviction religieuse (15). Depuis l'arrêt *Micropole Univers* de la Cour de cassation, l'employeur a une obligation positive de faire respecter la liberté de manifester ses convictions religieuses dans l'entreprise, au regard de laquelle sa responsabilité peut désormais être engagée (16).

La Cour d'appel de Versailles ne peut qu'être approuvée sur ce plan.

IV. Mais l'arrêt rapporté doit également être approuvé si on l'examine maintenant, à la lumière des constatations du Comité des droits de l'Homme (CDH) de l'ONU du 10 août 2018 rendues dans l'affaire *Baby-Loup* (17).

À titre liminaire, pour une meilleure compréhension de la portée de ce qui va suivre, il convient de rappeler que, si le CDH est un groupe d'experts indépendants, et non une juridiction rendant des décisions ayant force exécutoire, il n'en joue pas moins un rôle important dans l'ordonnement juridique international, et donc national. Il a pour rôle d'examiner les plaintes qui lui sont soumises au regard des dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont il fournit l'interprétation, et d'adresser des recommandations à l'État partie concerné. En ce qui concerne l'affaire *Baby-Loup*, il est à cet égard symptomatique que le Président de la Cour de cassation ait fait savoir que celle-ci tiendrait compte des constatations du CDH de la même manière qu'elle tient compte des décisions des autres instances internationales (18).

Pour censurer le raisonnement de l'État partie selon lequel le licenciement de la salariée voilée était justifié, et l'inviter à lui verser des dommages-intérêts (19), le CDH s'est fondé successivement sur les articles 18 et 26 du Pacte, portant respectivement sur

la liberté religieuse (1.) et sur la discrimination (2.). C'est sur ces deux points que nous allons examiner si l'arrêt commenté s'harmonise avec les constatations du CDH.

1. Sur le premier point, le CDH a d'abord considéré « que l'interdiction faite à la requérante de porter un foulard sur son lieu de travail a constitué une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté de manifester sa religion », dès lors que le port d'un foulard est une « pratique habituelle pour nombre de femmes musulmanes, qui le considèrent comme une partie intégrante de la manifestation de leur conviction religieuse », et qu'ainsi « la restriction établie par le règlement intérieur de la crèche et sa mise en œuvre constituent une restriction portant atteinte à la liberté de religion de l'auteure en violation de l'article 18 du Pacte ». Là encore, la démarche consiste à mettre en avant d'abord la liberté de conviction religieuse et sa violation, et ensuite seulement, les possibilités de restriction de cette liberté, démarche qui révèle, on l'a vu, l'importance de la liberté religieuse en priorité sur celle de ses restrictions éventuellement justifiées.

Ensuite, le CDH a retenu que l'interdiction faite à la salariée et son licenciement « constituent une restriction portant atteinte à la liberté de religion de l'auteure en violation de l'article 18 du Pacte », en considérant qu'il ne voyait pas en quoi le port du voile par la salariée d'une crèche porterait atteinte de manière injustifiée aux libertés et droits fondamentaux des enfants et des parents la fréquentant : « L'État n'explique pas dans quelle mesure le port du foulard serait incompatible avec la stabilité sociale et l'accueil promu au sein de la crèche ou avec l'objectif qu'elle se donne de « développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé », et ce d'autant que la crèche avait pour but de « permettre l'insertion économique, sociale et culturelle des femmes (...) sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle » (20). Le CDH a noté qu'au contraire, l'autorisation du port du foulard pouvait contribuer aux objectifs de la crèche, et à ce qu'une communauté religieuse ne soit pas stigmatisée.

(15) L'article 24 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 sanctionne les personnes qui « auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

(16) Michel Miné, Liberté de religion dans le travail : garanties et limites, RDT 2017, p.797, spct pp.799 et 800, § Mission de l'employeur, cité par M.-F. Bied-Charreton, in Dr. Ouvr. 2018, op.cit., p.80, in fine.

(17) Sur ces Constatations : S. Henette-Vauchez, op. cit. ; P. Adam, *Baby-Loup*, Rebond international, Sem. Soc. Lamy 17 septembre 2018, pp.3 et s. ; J. Mouly, L'affaire *Baby Loup* devant le Comité

ousien des droits de l'Homme : vers une révision déchirante de la jurisprudence interne ? Rec. Dalloz 2018, p. 2097.

(18) La Semaine juridique, Éd. G, 17 septembre 2018, § 970 : Discours du Président de la Cour de cassation du 3 septembre 2018 : « Il nous faut réfléchir en permanence à de nouveaux mécanismes nécessaires pour intégrer les directives croissantes d'origines diverses et pas toujours cohérentes que reçoit notre Cour ».

(19) Sur la question des dommages-intérêts dans la procédure devant le CDH : Entretien avec C. Waquet, La responsabilité de l'État pourrait être engagée, SSL, préc., p.6.

(20) Le CDH a estimé que le raisonnement de l'État français conduisait à ce qu'un enfant en bas âge ne soit « jamais » confronté à une femme voilée, solution qui était manifestement excessive.

Cette démarche est sous-tendue par la position de principe du CDH selon laquelle « *le port d'un foulard ne saurait en soi être considéré comme constitutif d'un acte de prosélytisme* », ce qui est le corollaire de la constatation précédemment exprimée par le Comité selon laquelle le port du voile est la manifestation habituelle pour nombre de musulmanes d'une conviction religieuse. Le port du voile est ici considéré comme la manifestation, certes convaincue, d'une option religieuse, mais néanmoins sans ambition de persuasion à l'égard d'autrui. Cette conception du voile a pour conséquence que le seul contact de la salariée voilée avec un public ne peut, en tant que tel, constituer un acte de prosélytisme. C'est qu'en effet, il n'y a aucune raison de voir le port du foulard islamique comme constituant en soi un danger pour les droits et les libertés d'un client.

Le CDH « *prend effectivement ses distances avec des lectures du foulard qui y verraient immanquablement un signe agressif* » a-t-on fait judicieusement observer (21), et ce, alors qu'est fréquente dans notre société, y compris de la part du législateur (22) et du juge (23), cette assimilation du port du foulard à une manifestation d'hostilité (24) ou à une provocation à l'égard des non-musulmans, et donc à un abus de la liberté religieuse, pouvant, à ce titre, gêner des tiers à l'entreprise tels que les enfants en bas âge d'une crèche (25) ou les clients d'une entreprise commerciale (26).

On peut, dès lors, se demander, en l'état de ces constatations – innovantes dans leur interprétation du port du foulard comme étant « *non agressif* » – si la Cour d'appel de Versailles s'est prononcée dans le même esprit, compte tenu de l'absence, en réalité, de toute motivation de l'arrêt sur ce point. Mais il est clair, à la lecture de ses motifs, que celle-ci a rompu avec l'idée du « *voile-acte de prosélytisme* » telle qu'elle ressortait du second arrêt *Baby-Loup*. Loin de

considérer que l'interdiction de l'employeur était de nature à protéger les patients de sa nouvelle cliente contre un éventuel prosélytisme de la part de la salariée voilée, la Cour d'appel n'a perçu cette interdiction que comme un abus de la part de l'employeur, confirmé – s'il en faut – par l'extension par celui-ci de cette interdiction à tous les « *signes ostentatoires* ». Cette motivation s'harmonise parfaitement avec la doctrine du CDH, en ce la Cour d'appel reproche, de fait, à l'employeur d'être guidé par l'hostilité de son client au voile, et d'abuser de la sorte de son droit à invoquer la neutralité et ce, au lieu de faire grief à la salariée d'être guidée par un sentiment d'hostilité – voire même de provocation – et d'abuser ainsi de son droit à exprimer ses convictions religieuses par le port d'un voile agressif.

2. Le CDH a, en second lieu, retenu l'existence d'une discrimination sur le fondement de l'article 26 du Pacte, en retenant qu'il s'agissait d'une « *discrimination inter-sectionnelle basée sur le genre et la religion* », concept pratiquement inconnu en droit interne, qui trouve son origine dans le droit américain à propos des femmes noires (27). Il signifie, selon le CDH, que c'est en tant que femme et musulmane que la salariée de *Baby-Loup* a été victime d'une discrimination, et non pas en tant que femme d'un côté et musulmane de l'autre. Cette notion permet, en effet, d'appréhender une réalité unique et indivisible – la discrimination dont font l'objet les femmes musulmanes – sans passer par le prisme – mal adapté – d'une double discrimination sexiste et religieuse. Cette notion de discrimination « *inter-sectionnelle* » permet au CDH d'établir qu'une telle discrimination ne repose pas sur un critère raisonnable et objectif. Le Comité a ainsi relevé, par un argumentaire particulièrement percutant, que l'État n'expliquait pas le critère utilisé pour arriver à la conclusion que le voile islamique devait être identifié à un « *signe extérieur fort* » tel que retenu par la CEDH en raison

(21) Stéphanie Hennette-Vauchez, op. cit., Dr. Ouvr.2018, pp. 732 et 733, § 12, et spéc. p. 732 *in fine*.

(22) Cf. l'autorisation par l'article L.1321-2-1 du Code du travail d'insérer, dans certaines conditions, dans le règlement intérieur d'une entreprise, une clause de neutralité interdisant le port du voile.

(23) CEDH 15 février 2001, *Dahlab c/ Suisse* : même « *s'il est difficile d'apprécier l'impact d'un signe religieux fort tel le port d'un foulard islamique sur des enfants en bas âge* », l'interdiction du voile dans le cadre d'un tel enseignement constituait une mesure raisonnable compte tenu de la marge d'appréciation des États ; CJUE 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, préc. : validation des règles internes à une entreprise qui interdisent le port de signes religieux, sauf discrimination indirecte injustifiée.

(24) Pour une analyse approfondie de cette hostilité à partir de l'affaire *Baby-Loup* : Emmanuel Gayat, *Les luttes de classes en France...* et le port du voile islamique, Dr. Ouvr., pp. 327 et s.

(25) Cf. le second arrêt *Baby-Loup* de la Cour de cassation du 25 juin 2014 précité, selon lequel « *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* », commenté dans un sens critique par Cyril Wolmark : La discrimination voilée, Dr. Ouvr. 2014, pp. 835 et s. ; pour un commentaire approuvé de cet arrêt : I. Meyrat, Épilogue incertain de l'affaire *Baby-Loup* : l'obligation de neutralité dans une entreprise investie d'une mission d'intérêt général, Dr. Ouvr. 2014, pp. 73 et s.

(26) Cf. les deux arrêts précités de la CJUE du 14 mars 2017 et celui de la Cour de cassation du 22 novembre suivant, desquels il résulte que les juges doivent s'attacher à rechercher d'emblée, en ce qui concerne la discrimination basée sur la religion, si la mesure incriminée correspond ou non à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, et non de prime abord si elle caractérise une discrimination.

(27) Sur cette question, S. Hennette-Vauchez *in* Dr. Ouvr. 2018, préc., spct. p. 736, § 21 et 22.

de son caractère ostentatoire (28) : il s'est appuyé, d'une part, sur le rapport du CCIF « *Être musulmane aujourd'hui en France, les femmes, premières victimes de l'islamophobie* », selon lequel la distinction entre les signes religieux ostentatoires ou ostensibles et les autres avait été identifiée « *comme affectant de façon disproportionnée les voiles ou foulards islamiques* », et, d'autre part, sur le cinquième rapport périodique de la France au CDH du 17 août 2015, qui souligne les « *restrictions à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions qui affectent particulièrement les personnes appartenant à certaines religions et les filles, tout en s'inquiétant de ce que les effets de ces lois sur le sentiment d'exclusion et de marginalisation de certains groupes pourraient aller à l'encontre des buts recherchés* ». C'est de cette façon que le CDH a pu considérer que la restriction du règlement intérieur de la crèche *Baby-Loup* affectait « *de façon disproportionnée les femmes musulmanes faisant le choix de porter un foulard, ce qui constitue un traitement différencié* », étant entendu, par ailleurs, que le licenciement pour faute grave constituait lui-même une mesure disproportionnée.

Dans l'arrêt rapporté, on ne trouve certes pas de référence explicite à la discrimination inter-sectionnelle. Sa motivation est cependant cohérente avec ce concept, dès lors que la Cour d'appel reproche à l'employeur de ne pas expliquer « *quelle exigence de nature professionnelle précise justifierait qu'une telle interdiction soit limitée à la seule (salariée) qui manifestait son appartenance à la religion musulmane par le port du voile* » : on voit ici que cette interdiction du voile est critiquée par la Cour d'appel parce que, injustifiée au regard des nécessités du travail, elle a frappé une personne en tant que femme et musulmane. La Cour d'appel aurait pu, dès lors, tout aussi bien se référer – comme le CDH – au rapport du CCIF « *Être musulmane aujourd'hui en France, les femmes, premières victimes de l'islamophobie* » et au cinquième rapport périodique de la France au CDH du 17 août 2015.

L'arrêt commenté rejoint enfin parfaitement l'esprit novateur du CDH en ce que celui-ci a considéré que la différenciation dont la salariée faisait l'objet ne poursuivait pas un but légitime. Selon le CDH, l'État n'explique pas suffisamment « *en quoi le port du foulard empêcherait l'auteure de mener à bien ses fonctions et sans examiner la proportionnalité de cette*

mesure », alors que la salariée de la crèche avait été licenciée sans indemnité de rupture parce qu'elle portait un foulard et sans que lui ait été expliqué « *en quoi ce foulard l'empêchait de mener à bien ses fonctions et sans évaluer la proportionnalité de cette mesure* ». Autrement dit, selon ces constatations, la conception d'un voile « *non agressif* » conduit à l'idée qu'il est inutile d'imposer à une femme musulmane une quelconque obligation de neutralité, dès lors que la clientèle n'est pas menacée (29).

La Cour d'appel de Versailles s'est, dans l'arrêt rapporté, prononcée dans le même sens en retenant que l'obligation de neutralité imposée par l'employeur était abusive comme ne protégeant la nouvelle entreprise cliente d'aucun danger du fait du port du voile.

En conclusion, on peut dire qu'au travers de cette première décision des juges du fond, intervenue après les arrêts *Asma Bougnaouaoui* et *ADDH c/ Micropole Univers* de la CJUE, *Micropole Univers* de la Cour de cassation, et les Constatations du CDH du 10 août 2018, une nouvelle conception juridique du port du voile est en train d'émerger, plus apaisante que par le passé, parce que basée, implicitement ou explicitement, sur l'idée d'un voile non agressif.

Il reste que la jurisprudence actuelle de la CJUE, selon laquelle « *le souhait d'un employeur d'afficher une image de neutralité à l'égard des clients se rapporte à la liberté d'entreprise* » et qui valide de la sorte les règles de neutralité internes à une entreprise (30), est incompatible avec cette nouvelle conception du voile.

Espérons donc que la Cour de cassation saura parachever cette évolution en ayant le courage de remettre en cause la clause de neutralité de l'article L. 1321-2-1 du Code du travail par la mise en œuvre des outils internationaux dégagés par le CDH dans le cadre du Pacte. On a vu combien il serait difficile de présenter avec succès une QPC relative à cette clause, malgré sa pertinence, compte tenu de l'attachement du Conseil constitutionnel à la liberté d'entreprendre (31). Les outils juridiques du CDH seraient, dès lors, d'un grand secours, comme permettant de tenir en échec la doctrine du client-roi dans le dispositif juridique interne.

Marie-France Bied-Charreton,
Avocate honoraire au Barreau de Paris

(28) Voir n. n° 23.

(29) Selon les Constatations du CDH, la neutralité totale et permanente des salariés de la crèche n'était pas nécessaire pour préserver la liberté de conscience des enfants.

(30) CJUE 14 mars 2017, *G4S Secure Solutions*, aff. C-157/15, § 38.

(31) Sur la clause de neutralité au regard de la Constitution : M.-F. Bied-Charreton précitée, Dr. Ouvr. 2018, spct. pp. 81 à 81 ; le Préambule de la Constitution de 1946 prévoit, en son § 5, le droit à l'emploi, et l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 garantit l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion.