

L'impact de l'arrêt EWEIDA sur le droit français

De Fleur Laronze
Maître de conférences de droit privé
Université de Haute Alsace
UMR 7354 DRES – Equipe Droit social
Université de Strasbourg

Afin de réagir immédiatement aux interventions des professeurs Filip Dorssemont et Valérie Flohimont, il est d'abord nécessaire d'exposer l'état du droit français, antérieurement à l'arrêt EWEIDA et ensuite, de le confronter avec cet arrêt.

Etat du droit français antérieurement à l'arrêt :

La liberté de religion a été établie par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, prévoyant en son article 10 que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Mais la loi de 1905 encadre la liberté de religion, puisqu'elle instaure la séparation des églises et de l'Etat. La laïcité apparaît alors comme le moyen de préserver la liberté de religion tout en limitant son expression.

Puis, des affaires dans les années 90 portées devant le Conseil d'Etat¹, ont posé la question du port d'une croix, d'un foulard islamique à l'école, ou encore celle des signes d'appartenance religieuse dans l'espace public, ce qui a justifié l'intervention de la loi dans un premier temps.

La loi

¹ Conseil d'Etat, ass. gén., avis, 27 nov. 1989, n° 346.893, considérant que « dans les établissements scolaires, le port par les élèves de signes par lesquels ils entendent manifester leur appartenance à une religion n'est pas par lui-même incompatible avec le principe de laïcité » ; Conseil d'Etat, 26 juill. 1996, n° 170.106, rejetant la requête de l'Université de Lille II qui avait interdit le port du foulard islamique.

En 2003, la commission STASI, commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, émettait des propositions en faveur de l'introduction dans le Code du travail, d'une disposition autorisant les entreprises à intégrer la religion et les motifs de restrictions de la liberté de religion dans le règlement intérieur. Il était aussi question de faire prévaloir le principe de neutralité et d'impartialité dans l'entreprise, principe susceptible d'être prévu dans le règlement intérieur.

Une première loi est adoptée : la loi du 15 mars 2004 qui interdit le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

Puis une seconde loi : la loi du 11 octobre 2010 qui interdit la dissimulation du visage dans l'espace public, texte qui concerne aussi les relations de travail.

La Halde (devenue le défenseur des droits, autorité administrative indépendante) est venue préciser par une délibération du 28 mars 2011, les questions relatives plus particulièrement aux entreprises privées ayant en charge une mission de service public ou d'intérêt général, telles que le secteur social, médico-social et de la petite enfance tel que les crèches.

Le juge

Le juge français applique le principe de proportionnalité prévu par l'article L. 1121-1 (ancien article L. 120-2) du Code du travail et l'article L. 1321-1 du Code du travail relatif au règlement intérieur. Ces dispositions permettent au juge de confronter l'intérêt de l'entreprise à l'intérêt du salarié qui exprime sa liberté de religion. Le juge français a donc toujours pris en considération l'ensemble des intérêts de façon à les mettre en balance. La recherche de l'équilibre des intérêts est le but de l'article L. 1121-1 créé à partir du rapport sur les libertés dans l'entreprise de Gérard LYON-CAEN.

Ainsi, appliqué aux obligations contractuelles, le principe de proportionnalité permet de restreindre la liberté de religion du salarié, au regard de la nature de la tâche à accomplir. La Cour de cassation a donc considéré qu'un employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché, d'être présent aux horaires fixés² ou en refusant de se plier à des préférences alimentaires.

Appliqué au règlement intérieur, le principe de proportionnalité mettra en balance la clause du règlement intérieur qui impose le port d'une tenue, ou d'un code vestimentaire, ou au contraire, qui impose la neutralité vestimentaire et la liberté de religion du salarié. Le pouvoir de l'employeur qui s'exprime dans cette clause s'oppose alors au droit du salarié susceptible d'être restreint par ce pouvoir. Or, une telle restriction ne peut être admise que si elle est justifiée par un impératif de protection de la sécurité, de la santé et de l'hygiène ou encore par le contact avec la clientèle.

Apport de l'arrêt EWEIDA :

Le principe posé par l'arrêt Eweida est la conciliation des intérêts alors qu'auparavant, il était plus aisément admis que les intérêts des salariés devaient être restreints, voir remis en cause³ face à l'intérêt de l'entreprise (d'autant plus dans les entreprises identitaires⁴). L'intérêt du salarié est placé à un rang hiérarchiquement inférieur à l'intérêt de l'entreprise.

Avec l'arrêt EWEIDA, l'intérêt du salarié et l'intérêt de l'entreprise se situent sur un pied d'égalité et ils doivent être conciliés pour pouvoir justifier le

² Cass. soc., 16 déc. 1981, Bull. civ. V., n° 968.

³ Cour EDH 3 avril 2012, Francesco Sessa c/. Italie, n° 28790/08.

⁴ Cour EDH 23 sept. 2010, *Obst et Schüth*, req. n° 425/03, D. 2011. Chron. 1637, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RDT* 2011. 45, obs. J. Couard ; Cour EDH, 3 févr. 2011, *Siebenhaar*, Req. n°18136/02, D. 2011. Chron. 1637, obs. J.-M. Marguénaud et J. Mouly.

respect par l'Etat de son obligation positive (de sauvegarde de la liberté de religion).

Par conséquent, le droit français repose sur la logique d'équilibre qui est au fondement du raisonnement désormais retenu par la Cour européenne des droits de l'homme. Le droit français semble alors avoir une longueur d'avance. Mais, la position de la Cour européenne ne lui permet pas de fournir, à la manière d'une Cour suprême ordinaire, des règles d'interprétation susceptibles de trancher définitivement une question de droit et d'être appliquées aux faits postérieurs. La Cour élabore une œuvre originale de convergence des droits nationaux, sur le plan civil et politique mais de plus en plus aussi sur le plan économique et social. Cette mission suppose d'intervenir en aval, pour constater ou restaurer une évolution, mais aussi pour éclairer les chemins du droit obscurcis par la technicité d'un raisonnement ou par les particularismes nationaux.

Dès lors, il est possible de préciser l'impact souhaité de l'arrêt EWEIDA sur le droit français en raison de ce qu'il ne dit pas (I) et l'impact regretté de cet arrêt sur le droit français en raison de ce qu'il dit (II).

I L'impact souhaité de l'arrêt EWEIDA sur le droit français

➔ L'occasion manquée de consacrer la notion d'accomodement raisonnable

L'arrêt EWEIDA n'a pas consacré la notion d'accomodement raisonnable. Cette notion est subrepticement envisagée à travers la recherche de l'équilibre des intérêts et la notion de « juste équilibre ». La consécration formelle de cette notion aurait été possible au regard de l'évolution de sa jurisprudence sur ce point⁵.

⁵ Cour EDH, 4^e Sect. 7 décembre 2010, Jakóbski c. Pologne, Req. n° 18429/06 ; Cour EDH, 3^e Sect. 31 janvier 2012, Gatis Kovalkovs c. Lituanie, Req. n° 35021/05 ; Cour EDH, 3 avril 2012, préc.

Les juges étrangers connaissent la notion d'accommodement raisonnable, plus particulièrement les juges canadiens⁶. Un employeur au Canada devra, au nom du droit à l'égalité, tenter « d'accommoder » la pratique religieuse de son salarié. Ce n'est que si aucun accommodement raisonnable n'est possible sans qu'il en résulte une contrainte excessive pour l'employeur, que le salarié aura à choisir entre son emploi ou le respect strict de sa pratique religieuse. Le juge définit la notion d'accommodement raisonnable et plus particulièrement le seuil d'accommodement raisonnable acceptable par l'employeur et accepté par le salarié, au-delà duquel les deux intérêts doivent être conciliés par des sacrifices réciproques.

Certains s'accordent à dire qu'« une interprétation « républicaine » de l'accommodement raisonnable, telle qu'elle semble se dégager au Québec, serait susceptible de rendre possible une comparaison avec le droit français et autoriserait à s'interroger, de manière réciproque, sur l'existence, en France, d'un équivalent fonctionnel à l'accommodement raisonnable, à défaut d'obligation formelle similaire »⁷.

La notion d'accommodement raisonnable aurait alors vocation à s'appliquer afin d'articuler les intérêts catégoriels, d'ordre privé en jeu dans l'entreprise, à savoir l'intérêt de l'entreprise (ou intérêt économique) et l'intérêt du salarié (ou intérêt social).

→ La nécessité perceptible de l'application conditionnée d'un principe de neutralité

Aucun accommodement n'est possible lorsque certains intérêts tels que l'intérêt général est en jeu. La conciliation de l'intérêt général et d'un intérêt

⁶ V. FORTIER, intervention dans le cadre du colloque *Relations de travail et cultes*, 27 et 28 mai 2013, qui s'est tenu au Palais universitaire de Strasbourg, Rev. Dr. Canonique, à paraître.

⁷ M. SUHAS, « L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », *Constitutions* 2011, p. 205.

particulier procède alors de l'application d'un principe de neutralité, ou de laïcité. Il s'agit notamment des agents qui exercent une mission de service public, ou encore des salariés qui travaillent dans une entreprise exerçant une mission de service public ou d'intérêt général. Or, il peut être regretté que l'arrêt EWEIDA n'ait pas développé un raisonnement « à géométrie variable », au regard des intérêts concernés.

Le principe de neutralité a des avantages certains, si le juge ou le législateur ne souhaitent pas se placer sur le terrain de la morale ou des valeurs ou encore si la nature des intérêts en jeu ne permet pas la mise en œuvre d'un autre mécanisme.

En outre, le principe de neutralité ou d'impartialité ne fait pas obstacle à une clause de conscience, dès lors qu'elle ne conduit pas à une situation discriminatoire, selon une interprétation de l'arrêt EWEIDA. « En ce sens, si un Etat reconnaît à tous les couples le droit au partenariat civil ou au mariage, une éventuelle « clause de conscience » au profit des officiers d'état civils respectera la Convention si, et seulement si, le dispositif est conçu de façon à ce que chaque couple puisse toujours obtenir la célébration de leur union »⁸. Malheureusement, la Cour européenne n'a pu se positionner sur la question de l'objection de conscience des officiers d'état civil, alors qu'en droit français, une question prioritaire de constitutionnalité a été posée, sur la liberté de conscience des maires⁹, suite à l'adoption de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous et de la circulaire Valls.

Par frilosité, par vélléité, mais aussi au regard de ses limites institutionnelles, la Cour européenne des droits de l'homme cherche avant tout à préserver la marge d'appréciation des Etats. Mais compte tenu de la prégnance de la

⁸ Nicolas Hervieu, « Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 24 janvier 2013.

⁹ Cons. Const. QPC, 8 oct. 2013, sur la circulaire Valls du 13 juin 2013 sur les conséquences du refus illégal de célébrer un mariage de la part d'un officier d'état civil.

question de la religion dans les relations de travail, des réponses étaient attendues.

II L'impact regretté de l'arrêt EWEIDA sur le droit français

L'arrêt EWEIDA de la Cour européenne s'est fait voler la vedette par deux arrêts de la Cour de cassation qui ont fait grand bruit : les arrêts CPAM et BABY LOUP du 19 mars 2013¹⁰. L'impact de l'arrêt EWEIDA sur le droit français apparaît immédiatement atténué par l'autocentrisme national. Mais la Cour européenne n'a pas qu'une influence juridique sur les droits nationaux, elle exerce aussi une pression politique, plus insidieuse. Même dans l'ombre des arrêts du 19 mars 2013, l'arrêt EWEIDA a résonné dans l'esprit du droit français. Cependant, son impact peut être critiqué dans la mesure où il a encouragé le silence du juge et la logorrhée législative. La religion dans les relations de travail semble alors toujours imprégnée par une forme d'« obscurantisme juridique ».

→ La réaction mesurée du juge : le retranchement du juge derrière l'application du principe de proportionnalité

Les deux arrêts de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui ont fait grand bruit, n'en restent pas moins mesurés par leur contenu et difficile à interpréter. Le juge français choisit de ne pas de se positionner sur la question de la religion dans les relations de travail, à la manière du juge européen.

¹⁰ Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690, publié au Bulletin, AJDA 2013. 597 ; D. 2013, p. 777 ; *ibid.* p. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Cass. soc., 19 mars 2013, *Baby Loup*, n° 11-28845, publié au Bulletin. P. MBONGO, « Institutions privées, « entreprises de tendance » et droit au respect des croyances religieuses », *JCP G.* 2013, n° 26, p. 1287 ; E. DOCKES, « Liberté, laïcité, Baby Loup : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », *Dr. Soc.* 2013, p. 388 ; J. MOULY, « La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise : le raidissement de la Cour de cassation », *D.* 2013, p. 963.

Ainsi, alors que dans l'arrêt *Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de Seine-Saint-Denis*, était en cause le licenciement d'une femme voilée travaillant dans une caisse primaire d'assurance maladie, le juge applique le principe de la laïcité à tous les salariés qui participent à une mission de service public. En revanche, dans l'arrêt *Baby Loup*, le juge affirme que le principe de laïcité n'est pas applicable aux employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public, la liberté religieuse est ici sauvegardée. Dans cette affaire, un règlement intérieur imposait une obligation générale qualifiée par le juge d'imprécise, de telle sorte qu'il n'était pas valable et que le licenciement prononcé pour port d'un voile musulman était discriminatoire.

Dès lors, la Cour de cassation pose les conditions de la liberté de religion – l'exercice d'une mission de service public – à la lumière du principe de laïcité sans garantir une sécurité juridique au profit des salariés. En effet, il n'est pas toujours aisé de caractériser la nature de la mission exercée par l'entreprise. Pour certains, une clarification de la situation, a été appelée¹¹, ce qui, pour d'autres, a justifié l'intervention d'une loi.

→ Le désordre législatif : l'expression de la cacophonie de la politique politicienne et de la pusillanimité du législateur

Plusieurs propositions de loi avaient déjà été déposées avant l'arrêt EWEIDA¹².

Mais les arrêts du 19 mars 2013 de la Cour de cassation, sous l'impulsion de l'arrêt EWEIDA, ont relancé les débats au sein du Parlement. Des députés et sénateurs UMP ont pris le temps de déposer plusieurs propositions de loi

¹¹ Défenseur des droits, anciennement la HALDE, courrier du 22 mars 2013.

¹² Propositions de loi du 22 juill. 2008 (déposée devant le Sénat), du 25 oct. 2011 (adoptée par le Sénat le 17 janv. 2012, puis oubliée) et du 16 janv. 2013 (déposée devant l'Assemblée nationale).

visant à généraliser la possibilité d'exiger une neutralité vestimentaire dans toutes les entreprises privées, dans le cadre du règlement intérieur¹³ ou soutenue de manière générale¹⁴. La proposition de loi déposée le 24 avril 2013 a été rejetée par le parlement, le 6 juin 2013. Les députés socialistes soulignent le caractère circonstancié de cette proposition de loi, une loi d'humeur qui répondrait, à chaud, à la jurisprudence de la Cour de cassation. Les députés et sénateur UMP n'avaient qu'une ambition : casser la jurisprudence du 19 mars 2013. Ils auraient pu le faire en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne. Ils ne l'ont pas fait. Mais, si la Cour européenne laisse une marge d'appréciation aux Etats quant à l'équilibre à trouver, il n'est pas certain que le fait d'imposer, par l'intermédiaire de la loi, une neutralité religieuse dans les entreprises privées ne soit pas considéré comme un manquement de l'Etat à son obligation positive de protection de la liberté de religion.

Notons que la députée socialiste qui a prôné le rejet de la proposition de loi, a invoqué la jurisprudence européenne, souhaitant attendre l'arrêt de la Cour européenne statuant en Grande Chambre concernant l'interdiction de la burqa dans l'espace public¹⁵. La loi du 11 octobre 2010 est directement concernée.

Le gouvernement tend de plus en plus à se positionner sur le terrain des enjeux pratiques : laisser faire les entreprises, la négociation d'entreprise ou encore, l'intervention des partenaires sociaux qui peuvent justifier ensuite l'adoption d'une loi.

¹³ Proposition de loi n° 865 du 28 mars 2013, visant à donner la possibilité aux entreprises d'inscrire dans leur règlement intérieur le principe de neutralité à l'égard de toutes les opinions ou croyances, déposée M. Eric. Ciotti. Proposition de loi n° 510 du 12 avril 2013 tendant à ce que le règlement intérieur des entreprises puisse proscrire aux salariés en contact avec la clientèle ou le public le port ostensible de signes religieux, communautaristes, politiques ou autres, déposée par le sénateur M. Jean Louis Masson.

¹⁴ Proposition de loi n° 998 relative au respect de la neutralité religieuse dans les entreprises et les associations, déposée le 24 avril 2013 de MM. Christian JACOB, Jean-François COPÉ, François FILLON, Éric CIOTTI et Philippe HOUILLON et plusieurs de leurs collègues

¹⁵ Cour EDH, S.A.S. c. France, requête n° 43835/11, affaire encore pendante.

Les mots d'ordre sont le dialogue, l'observation¹⁶.

Néanmoins, un problème subsiste, celui des confusions : confusion autour du fait religieux, confusion entre la liberté de conscience et la liberté d'expression religieuse, confusion entre la liberté positive et la liberté négative en matière de religion, confusion entre l'attribution des moyens d'expression et la protection des moyens d'expression, confusion entre l'intérêt social du salarié et l'intérêt du salarié qui exprime sa religion, confusion des règles selon le type d'entreprise, selon les intérêts en cause et selon les libertés à sauvegarder. Seule la Cour européenne peut proposer un langage commun susceptible de fonder une harmonie juridique à défaut de pouvoir garantir la paix sociale. Il est donc, sans aucun doute, plus sage d'attendre la position de la Cour européenne des droits de l'homme avant d'adopter une loi.

¹⁶ Un organe a été créé en 2007 : l'observatoire de la laïcité qui relève que « si une nouvelle loi devait être adoptée en France suite à la décision de la Cour de cassation à l'affaire Baby Loup, il est évident qu'on aura à faire à de fortes contestations dans le monde musulman et dans le monde anglo-saxon. On nous reprocherait alors d'imposer des discriminations accrues aux musulmans de France et de porter de manière répétitive atteinte à leur liberté religieuse. En tout état de cause, un travail d'explication et de communication sur la laïcité française s'avère nécessaire pour promouvoir une meilleure compréhension de notre système à l'étranger » (Point d'étape de l'observatoire de la laïcité, 25 juin 2013, p. 7 : http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/fichiers_joints/synthese_point_d_etape.pdf).