

Les luttes de classes en France... et le port du voile islamique

par Emmanuel GAYAT, Avocat au Barreau de Paris

PLAN

- I. Neutralité du service public et plein respect de la liberté religieuse par les personnes privées décidant d'elles-mêmes de prendre en charge une mission d'intérêt général
- II. Les pouvoirs de l'employeur, qui ne gère pas un service public, doivent nécessairement être limités

« Les persécutions sont le meilleur moyen d'affermir des convictions indésirables » (1). Cette mise en garde d'un athée convaincu, nous vient à l'esprit à chaque épisode du parcours judiciaire de la fameuse salariée voilée de l'association Baby Loup.

Il a été démontré, de façon extrêmement convaincante selon nous, que, sous couvert de défense de principes républicains, l'aversion spécifique contre l'Islam ou une certaine forme d'Islam était à l'œuvre de manière déterminante dans le traitement de cette affaire (2). Il va de soi que cette aversion prend plusieurs formes et a plusieurs fondements idéologiques que l'on ne doit pas confondre. L'aversion de certains tient à leur athéisme militant (3). Celle des autres tient à des soucis légitimes de dénoncer la place assignée aux femmes par cette religion (4). Il est également manifeste que cette aversion a souvent comme fondement le racisme et que ce qui est en cause n'est pas la religion musulmane mais l'origine des personnes qui la pratiquent (5).

Les faits en cause dans cette affaire sont maintenant connus. Une salariée, employée par une association régie par la loi de 1901 gérant une crèche et une halte-garderie, a repris son poste de travail après une suspension de son contrat de travail de plus de 5 ans. Lors de la reprise, elle s'est présentée à son poste de travail couverte d'un voile islamique et a refusé de le retirer lorsqu'on lui en a intimé l'ordre. Elle a été, dès le lendemain, mise à pied à titre conservatoire et convoquée à un entretien préalable à un licenciement. Elle a refusé de se soumettre à sa mise à pied et a finalement été licenciée pour faute grave au double motif du refus de retirer son voile pendant les heures de travail, contrevenant ainsi au règlement intérieur de l'association, et de ne s'être pas soumise à la mise à pied. La salariée a saisi le Conseil de prud'hommes de demandes tendant à l'annulation de son licenciement.

Le Conseil de prud'hommes de Mantes la Jolie, le 13 décembre 2010, puis la Cour d'appel de Versailles, le 27 octobre 2011 l'ont déboutée de ses demandes. La Chambre sociale de la Cour de cassation a, le 19 mars 2013, cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles en retenant que : « *Le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public. Il ne peut dès lors être invoqué pour les priver de la protection que leur assurent les dispositions du code du travail. Il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et*

(1) F. Engels « Le programme des émigrés blanquistes de la Commune », *Der Volksstaat*, n° 73 1874.

(2) Cf. notamment E. Dockès, « De la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », *Droit social* 2013, p.388.

(3) Nous renvoyons ceux-là à la lecture de l'article d'Engels précité et à l'attitude des blanquistes qui y est décrit : « *Pour prouver qu'ils sont les plus radicaux de tous, ils abolissent Dieu par décret, comme en 1793 : « Que la Commune débarrasse à jamais l'humanité de ce spectre de ses misères passées de cette cause, de ses misères présentes. Dans la Commune il n'y a pas de place pour le prêtre ; toute manifestation, toute organisation religieuse doit être proscrite » Et cette exigence de transformer les gens en athées par ordre du mufti est signée par deux membres*

de la Commune qui ont certainement eu l'occasion de constater que premièrement, on peut écrire autant d'ordres que l'on voudra sur le papier sans rien faire pour en assurer l'exécution et que deuxièmement, les persécutions sont le meilleur moyen d'affermir des convictions indésirables ! Ce qui est certain, c'est que le seul service que l'on puisse rendre encore, de nos jours, à Dieu est de proclamer l'athéisme un symbole de foi coercitif en prohibant la religion. ».

(4) Ils nous semblent sur ce point que le rejet des femmes victimes de la religion dans leurs foyers et leur exclusion de l'école ou de l'entreprise n'est pas le meilleur moyen de permettre leur émancipation.

(5) Un exemple parmi d'autres : S. Laurent « Laïcité à l'école : l'arnaque de Marine Le Pen sur les cantines » *Le Monde* 7 avr. 2014.

proportionnées au but recherché (6). Et que la Cour d'appel en « *statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le règlement intérieur de l'association Baby Loup prévoit que « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche », ce dont il se déduisait que la clause du règlement intérieur, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L.1321-3 du code du travail et que le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, était nul, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs visés à la lettre de licenciement, (...) n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés » (7).*

Cette décision nous était apparu relativement banale. Elle a néanmoins suscité des commentaires extrêmement vifs tant de la part de la Doctrine que de différents responsables politiques et notamment de ministres en exercice (8).

À partir de cet instant, le traitement judiciaire de cette affaire est devenu, d'une façon que rien ne justifie, extraordinaire, la question de la présence de la religion dans l'entreprise n'étant en aucune façon la problématique centrale du droit du travail contemporain.

La Cour de renvoi a, dès sa saisine, décidé d'organiser une audience solennelle alors que la pratique judiciaire, depuis que le décret du 28 décembre 2005 a rendu

facultative l'organisation d'une audience solennelle en pareille circonstance de renvoi après cassation, consiste le plus souvent à réunir une formation ordinaire de trois magistrats, voire se limite à la présence d'un magistrat rapporteur (9).

Les délais d'audiencement ont été également particulièrement brefs (10).

L'audience a été présidée par le premier Président de la Cour d'appel (ce que nous n'avons jamais vu). Le ministère public est également intervenu à l'audience pour faire valoir ses observations. Là encore, ce n'était pas le Substitut général habituellement affecté aux chambres sociales de la Cour d'appel de Paris qui est intervenu, mais le Procureur général en personne.

Le traitement d'exception de cette affaire laisse perplexes, la décision rendue étant par ailleurs, à nos yeux, extrêmement contestable (11). Elle pose en principe que « *Une personne morale de droit privé, qui assure une mission d'intérêt général, peut dans certaines circonstances constituer une entreprise de conviction au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et se doter de statuts et d'un règlement intérieur prévoyant une obligation de neutralité du personnel dans l'exercice de ses tâches ; qu'une telle obligation emporte notamment interdiction de porter tout signe ostentatoire de religion.* » (12).

L'arrêt analyse ensuite la situation de l'association en cause et retient que :

- la mission qu'elle exerce est une mission d'intérêt général au point d'être « *fréquemment* » assurée par des services publics ;
- les missions d'insertion sociale et d'accueil des jeunes enfants justifient qu'il puisse être imposé aux

(6) n°11-28.845, PBRI, Dr. Ouv. 2013 p. 580, en annexe à Jean-François Akandji-Kombé « Baby-Loup, suite : le contrôle de la restriction, par l'employeur, de la liberté religieuse dans l'entreprise privée ».

(7) *ibid.*

(8) Le ministre de l'intérieur le 19 mars 2013 et la porte-parole du gouvernement le 20 mars 2013, cf. Patrice Adam, « Baby Loup : horizons et défense d'une jurisprudence anathème » RDT, 2013, p. 385.

(9) Ainsi à titre d'exemple, en matière sociale, après cassation, en 2013, l'auteur de ces lignes a plaidé :
- devant la Cour d'appel de Versailles, devant un magistrat rapporteur après l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation n° 11-10628 du 4 avril 2012,
- devant la Cour d'appel de Douai devant un magistrat rapporteur après l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation n°10-23265 du 17 novembre 2011,
- devant la Cour d'appel de Bourges, devant une formation ordinaire de trois magistrats, après l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation n°11-24218 du 15 mai 2013 (pourtant publié au bulletin).

(10) L'auteur de ces lignes sera bien en peine d'expliquer à certains justiciables ces délais. Ainsi parmi les affaires

prud'homales qui ont été confiées à son cabinet et qui sont pendantes devant la Cour d'appel de Paris :

- un salarié ayant obtenu la résiliation judiciaire de son contrat en novembre 2012 devant la formation de départage du Conseil de Prud'hommes de Bobigny devra attendre une audience du 18 mars 2015 pour que l'appel de l'employeur interjeté le 13 janvier 2013 soit examiné par la Cour d'appel de Paris ;
- un salarié dont la discrimination en raison de son appartenance syndicale a été reconnue, le 28 mars 2013 par la formation paritaire du Conseil de prud'hommes de Paris et qui est toujours en poste attendra le 17 février 2016 pour que l'appel de l'employeur interjeté le 12 juillet 2013 soit examiné par la Cour d'appel de Paris.

(11) Pour un commentaire approbateur de cette décision v. I. Meyrat « Epiloque incertain de l'affaire BabyLoup : l'obligation de neutralité dans une entreprise investie d'une mission d'intérêt général », Dr. Ouv. 2014 p. 73.

(12) CA Paris 27 nov. 2013, Dr. Ouv. 2014 p. 79.

salariés une obligation d'interdiction d'expression d'opinions politiques et confessionnelles ;

- l'obligation de neutralité est donc justifiée par la nature des tâches à accomplir et proportionnée au but légitime poursuivi ;

- non seulement cette obligation ne porte pas atteinte aux libertés fondamentales mais elle répond à « *l'exigence professionnelle essentielle et déterminante de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants* ».

Cette motivation ne convainc pas et appelle deux séries d'observations. Il apparaît essentiel de rappeler

que la laïcité, ainsi que l'obligation de neutralité qui en découle, sont des notions qui n'ont vocation à s'appliquer qu'au service public. On pourra regretter à cette occasion que la laïcité du service public connaisse de très nombreuses entorses. Ces exceptions ne concernent jamais la religion musulmane pour laquelle un régime strict de laïcité est appliqué (I). Il est également extrêmement préoccupant qu'un pouvoir extrêmement large de restriction des libertés publiques soit consenti à un employeur privé au prétexte de la légitimité, judiciairement reconnu, des orientations qu'il s'est lui-même fixées (II).

I. Neutralité du service public et plein respect de la liberté religieuse par les personnes privées décidant d'elles-mêmes de prendre en charge une mission d'intérêt général

Le principe de laïcité posé par la Constitution implique la neutralité de l'État (13).

a. Ce principe implique nécessairement la neutralité de l'ensemble des services publics et partant de leurs agents quelle que soit leur forme de gestion (14).

En effet, le caractère de service public, pour être reconnu au bénéfice d'une activité gérée par une personne privée, impose le constat de l'existence de sujétions particulières imposées par la puissance publique et la capacité de l'administration à contrôler le respect de ces sujétions.

L'intervention nécessaire de la puissance publique dans la gestion du service public, même dévolue à une personne privée, justifie pleinement que la neutralité s'impose à l'ensemble de ces services publics et à leurs agents.

En revanche, les entreprises privées qui ne sont pas en charge d'un service public doivent pleinement respecter la liberté religieuse de leurs salariés et ne peuvent y apporter des limites que dans les conditions prévues à l'article L 1121-1 du Code du travail.

Ceci étant acquis, trois phénomènes, à notre avis d'égale importance, viennent troubler le débat politique et, en prolongement le débat, juridictionnel sur la laïcité.

b. La première difficulté tient à ce que des activités qui dans l'esprit du public devraient être gérées par des services publics ne le sont pas, ou plus (15). Des associations « d'intérêt général », éventuellement subventionnées par des personnes publiques, agissent dans ces domaines, sans contraintes de service public et sans contrôle public sérieux. Ces associations ne sont donc pas gestionnaires de services publics (16).

L'association en cause dans l'arrêt rapporté est dans cette situation. Elle se substitue, dans une commune connaissant de graves difficultés, à un service public défaillant. Si véritablement le souci est « *de respecter et protéger la conscience en éveil des enfants* », une solution extrêmement simple pourrait être envisagée. Les pouvoirs publics pourraient s'assurer que l'accueil des jeunes enfants soit réalisé par un service public doté de moyens suffisants pour éviter que leur carence ne laisse la place à l'initiative privée. La neutralité de l'accueil des jeunes enfants serait alors naturellement assurée.

En revanche, il n'existe aucune justification à ce que ce principe de neutralité puisse être imposé au sein d'associations qui se sont elles-mêmes, sans être soumises aux autres contraintes du service public, données pour objet le développement d'une « activité d'intérêt général ».

La distinction entre service public et service d'intérêt général n'est pas, contrairement à ce qu'écrit Monsieur

(13) Cons. constit. 21 février 2013, n°2012-297 QPC.

(14) Cf. not. Avis CE 3 mai 2000, Lebon p. 169

(15) sur les modes de gestion du service public, on se reportera utilement au num. spec. du Dr. Ouv. d'avril 2008 *Personnes*

publiques et personnes privées dans la gestion du service public, et not. à l'avant-propos de A. Mazières (l'ensemble est disp. sur <https://sites.google.com/site/droitouvrier>).

(16) Cf. CE 22 février 2007, n°264541, *ADAPEI*.

le Défenseur des droits, « *subtile* » (17). Elle existe clairement et elle existe du fait du renoncement des pouvoirs publics à assurer certaines missions dans le cadre du service public.

c. La deuxième difficulté tient à une extension extrêmement contestable de l'obligation de neutralité. La neutralité n'est plus seulement imposée aux services publics et à leurs agents mais également, dans certaines circonstances, aux usagers de ces services publics (18).

Ces premières extensions, visant exclusivement dans les faits la religion musulmane, entretiennent une confusion qui est à l'origine du raisonnement de la Cour d'appel dans l'arrêt rapporté.

Le fait d'admettre ces extensions du principe de neutralité à d'autres que les agents du service public légitime les propositions actuelles d'étendre cette neutralité à l'ensemble des entreprises voire à l'ensemble de l'espace public.

d. La dernière difficulté tient au fait que la neutralité des services publics n'est absolue que lorsqu'est en cause la religion musulmane. Au nom de l'Histoire, il est admis que l'État ou certains services publics puissent, dans certaines circonstances ne pas être neutre envers

les cultes catholique, protestant et israélite.

Ainsi, par exemple :

- la rémunération discriminatoire des représentants de ces cultes, à l'exclusion des musulmans, en Alsace Moselle est conforme à la constitution (19) ;

- le Sacré-Cœur de l'Armée catholique et royale ornant les établissements scolaires publics de Vendée, dont des crèches, n'a pour unique fonction que « *d'identifier par des repères historiques et un graphisme stylisé, l'action du Département de la Vendée* » (20) ;

- la présence de religieuses catholiques en habits sacerdotaux, et donc voilées, au sein des établissements pénitentiaires pour femmes, ne porte pas atteinte au principe de neutralité puisque naturellement « *l'intervention des membres de la congrégation est exclusive de tout prosélytisme* » (21).

Dans ces conditions et tant que le débat sur la laïcité, la neutralité, l'éveil des enfants ... servira – non exclusivement mais trop largement – de paravent à la lutte contre l'islam, il conviendrait d'en rester à une conception extrêmement étroite de la notion de laïcité et de limiter le pouvoir des employeurs d'imposer cette obligation à leurs salariés.

II. Les pouvoirs de l'employeur, qui ne gère pas un service public, doivent nécessairement être limités

Il convient de rappeler que l'article L 1321-3 du Code du travail dispose :

« *Le règlement intérieur ne peut contenir :*

1° Des dispositions contraires aux lois et règlements ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;

2° 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 ;

3° Des dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, à capacité professionnelle égale, en raison de leur origine, de leur sexe, de leurs

mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur situation de famille ou de leur grossesse, de leurs caractéristiques génétiques, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales ou mutualistes, de leurs convictions religieuses, de leur apparence physique, de leur nom de famille ou en raison de leur état de santé ou de leur handicap ».

Aucun motif d'intérêt général ne permet à un employeur de se libérer de ce texte. Il a ainsi par exemple été excellemment jugé que même l'impératif de sécurité des salariés au sein d'un établissement soumis à la législation sur les installations classées ne légitimait une entorse, fût-elle limitée, à l'exercice du droit grève, à défaut de mesure législative en ce sens (22).

(17) « Le défenseur des droits souhaite faire clarifier la loi » *Libération* 22 mars 2013.

(18) v. l'emblématique loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

(19) Cons. Const. 21 février 2013 n°2012-297 QPC.

(20) CAA Nantes 11 mars 1999, n°98NT00357.

(21) CE 29 mai 2002, n°235806.

(22) Soc. 15 décembre 2009, n°08-43.603, Dr. Ouv. 2010 p.278 n. J. Ferraro.

Les restrictions aux libertés individuelles ne peuvent être admises que si elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir par le salarié et proportionnées au but recherché (23). L'interdiction de manifester son appartenance religieuse sans que cette interdiction ne soit justifiée par la nature précise des tâches à accomplir et proportionnée au but recherché est une violation manifeste de ce texte. Aucune disposition d'aucune sorte n'existe, en droit interne, qui permette à des employeurs de se libérer de ce texte, en considération d'orientations idéologiques, réelles ou prétextées, qu'ils revendiqueraient.

La seule exception notable à ce principe est l'admission jurisprudentielle de l'existence d'entreprise de tendance (24). Il ne peut s'agir que d'entreprise dont l'objet même est la défense ou la promotion d'une idéologie religieuse ou autre. Dans ces circonstances, il est loisible à l'entreprise, sous réserve que cette orientation fondamentale ait été portée à la connaissance du salarié au moment de son embauche, d'exiger de ses salariés le respect de cette orientation. Et même dans cette hypothèse, l'employeur ne dispose pas d'un blanc-seing lui permettant de réprimer tout comportement qui ne serait pas en adéquation avec la doctrine professée (25).

Cette qualification d'entreprise de tendance, ou pour reprendre la terminologie européenne, de conviction doit être réservée absolument aux organisations dont la raison d'être est l'idéologie en cause (syndicat, parti politique, église etc.).

Il ne peut être question en revanche d'admettre qu'à l'occasion du développement d'une activité économique, du fait de l'idéologie personnelle du ou des dirigeants de la personne morale développant cette activité, les orientations données à cette activité puissent permettre de qualifier l'entreprise d'entreprise de tendance ou de conviction (26).

Dans l'espèce rapportée, c'est pourtant le raisonnement qui a été tenu par la Cour d'appel. Une association dont l'objet social est d'une part l'accueil des jeunes enfants et d'autre part l'insertion sociale et professionnelle de femmes n'a pas pour objet la

promotion de la laïcité. Ce n'est pas une entreprise de tendance ou de conviction laïque (27).

Le fait d'admettre qu'un employeur puisse imposer ses convictions à ses salariés dans le cadre de la poursuite d'une activité économique est une grave régression des droits des travailleurs.

En guise de conclusions :

Il convient de rappeler une position classique vis-à-vis de la religion, prise par un révolutionnaire, qui n'était pas encore parvenu au pouvoir : « *Le prolétariat d'une région où d'une branche d'industrie est formé, disons, d'une couche de social-démocrates assez conscients qui sont, bien entendu, athées, et d'ouvrier assez arriérés ayant encore des attaches au sein de la paysannerie, croyant en Dieu, fréquentant l'église ou même soumis à l'influence directe du prêtre de l'endroit qui, admettons, a entrepris de fonder une association ouvrière chrétienne. Supposons encore que la lutte économique dans cette localité ait abouti à la grève. Un marxiste est forcément tenu de placer le succès du mouvement de grève au premier plan, de réagir résolument contre la division des ouvriers, dans cette lutte, entre athées et chrétiens, de combattre résolument cette division. Dans ces circonstances, la propagande athée peut s'avérer superflue et nuisible, non pas du point de vue banal de la crainte d'effaroucher les couches retardataires, de perdre un mandat aux élections, etc., mais du point de vue du progrès réel de la lutte de classe, qui dans les conditions de la société capitaliste moderne, amènera les ouvriers chrétiens à la social-démocratie et à l'athéisme cent fois mieux qu'un sermon athée pur et simple.* » (28). Or nombre d'ouvriers d'aujourd'hui, en France, sont musulmans.

Emmanuel Gayat

(23) Exemple de la manipulation de la viande de porc par un boucher : Soc. 24 mars 1998, Droit social 1998, p. 614 obs. Savatier.

(24) Ass. Plén. 19 mai 1978, Bull. AP n°1 ; ce courant jurisprudentiel a surtout concerné les enseignants des écoles catholiques à l'occasion de leur divorce ou leur remariage. Il n'est pas acquis que cette jurisprudence soit toujours de droit positif.

(25) Soc. 17 avr. 1991, Dr. Ouv. 1991 p.201 n. Paul Bouaziz (affaire du sacristain homosexuel).

(26) On imagine mal par exemple qu'un cabinet d'avocats ou d'experts-comptables qui déciderait de n'accepter comme clientèle, en raison des convictions réelles ou affichées de ses dirigeants, que des syndicats ou des comités d'entreprise puisse prétendre être une entreprise de conviction ou de tendance.

(27) A l'inverse d'organisations dont l'objet essentiel est bel et bien la promotion de la laïcité comme par exemple la Ligue de l'enseignement.

(28) Lénine, « De l'attitude du parti ouvrier à l'égard de la religion », Proletari n°45, 1909