

Entretien croisé des Professeurs Gwénaële Calvès et Emmanuel Dockès sur le retentissant arrêt Baby Loup

Liberté religieuse au travail

Nicolas Hervieu



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/848>

DOI : 10.4000/revdh.848

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Nicolas Hervieu, « Entretien croisé des Professeurs Gwénaële Calvès et Emmanuel Dockès sur le retentissant arrêt Baby Loup », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 01 juillet 2014, consulté le 03 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/848> ; DOI : 10.4000/revdh.848

Ce document a été généré automatiquement le 3 mai 2019.

Tous droits réservés

Entretien croisé des Professeurs Gwénaële Calvès et Emmanuel Dockès sur le retentissant arrêt *Baby Loup*

Liberté religieuse au travail

Nicolas Hervieu

- 1 Un inextricable dilemme. De vives passions médiatiques et fureurs politiques. Et de multiples et épiques rebondissements contentieux. Tels furent les ingrédients de la désormais célèbre affaire *Baby Loup*. Et nul ne saurait être surpris de son retentissement.
- 2 Née du licenciement pour faute grave d'une salariée par la crèche associative qui l'employait au motif que l'intéressée s'était présentée à son poste en portant un voile islamique, ce contentieux n'est guère longtemps demeuré un banal conflit de travail. Bien vite, l'affaire *Baby Loup* a revêtu les oripeaux d'un brûlant contentieux de principe, au sujet d'un enjeu qui ne l'est pas moins : **la place de la liberté de religion au travail, si ce n'est dans la société toute entière.**
- 3 Or, à débat éminemment sensible, parcours contentieux exceptionnel.
- 4 En effet, le cheminement juridictionnel de l'affaire *Baby Loup*, déjà fort ardu et heurté, ne parvint finalement pas à son terme avec l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 19 mars 2013. Celle-ci fit prévaloir la liberté religieuse de la salariée sur les droits de l'employeur (pour un commentaire, lire Barbara Gomes, Xavier Orgerit et Thomas Ufarte, « La liberté d'expression religieuse au travail à l'épreuve des soubresauts du principe de laïcité », in ADL, 1^{er} mai 2013). Mais saisie sur renvoi, la Cour d'appel de Paris rendit le 27 novembre 2013 ce qu'il est convenu de désigner comme un « *arrêt de résistance* ».
- 5 A rebours de la solution retenue par la Cour de cassation, mais par un raisonnement significativement différent, la Cour d'appel jugea le licenciement justifié. Et ce, en retenant non sans audace que l'association *Baby Loup* pouvait être qualifiée d'« *entreprise de conviction* » susceptible à ce titre d'exiger la neutralité de ses employés et d'interdire le

port de signe religieux. Dans ces conditions, le dernier mot en France revenait alors à la formation judiciaire la plus solennelle : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

- 6 Après d'intenses débats (lire Stéphanie Le Bars et Franck Johannès, « Baby Loup : Toutes les pièces du dossier », in *Le Monde*, 16 juin 2014), l'Assemblée plénière a décidé le 25 juin 2014 de rejeter le pourvoi initié par la salariée et, ainsi, d'entériner le licenciement prononcé en raison de son refus de s'abstenir de porter le voile au travail. En d'autres termes, la Cour de cassation a admis que la crèche *Baby Loup* puisse restreindre la liberté de ses salariés de manifester leurs convictions religieuses sur leur lieu de travail.
- 7 **Gwénaële Calvès**, Professeure de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise, et **Emmanuel Dockès**, Professeur de droit privé à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, ont chacun commenté l'arrêt de la Chambre sociale de mars 2013 et celui de la Cour d'appel de Paris de novembre 2013¹.
- 8 Quelques jours après l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, ils ont accepté de livrer leurs premières analyses – forts contrastées – dans un entretien croisé.
- 9 **Nicolas Hervieu**²

*

**

1°/- En quoi le raisonnement finalement adopté en juin 2014 par l'Assemblée plénière se distingue-t-il de celui retenu en mars 2013 par la Chambre sociale ? Ces deux raisonnements sont-ils radicalement contradictoires ?

Gwénaële Calvès

- 10 L'Assemblée plénière reformule complètement le problème, en écartant deux aspects cruciaux du raisonnement de la Chambre sociale.
- 11 Premièrement, elle décide de ne pas rouvrir le dossier (explosif) de la « laïcité ». On se souvient qu'à un stade antérieur du contentieux, la crèche *Baby Loup*, pour soutenir qu'elle pouvait valablement imposer à ses salariés une obligation de neutralité confessionnelle, avait affirmé qu'elle exerçait une mission de service public, et devait donc respecter le principe de laïcité de la République énoncé à l'article 1er de la Constitution. La Chambre sociale avait sèchement démenti cette analyse, mais sans motiver sa solution. Le problème dit du « périmètre du service public » - qui, dans le secteur éducatif et social, tracasait des dizaines de milliers d'associations subventionnées - restait donc entier. Sa solution attendra des jours meilleurs, car l'Assemblée plénière ne dit pas *un mot* – contrairement à ce que croient certains commentateurs, même universitaires - du principe constitutionnel de laïcité.
- 12 Deuxièmement – et ce geste est décisif - elle renonce à placer son analyse sous les auspices du Titre « Discriminations » du code du travail. La Chambre sociale avait construit son raisonnement autour de trois ensembles de prescriptions législatives : celles

qui protègent de manière générale les droits et libertés des salariés (Titre « Droit et libertés dans l'entreprise »), celles qui portent plus spécifiquement sur le règlement intérieur de l'entreprise (Titre « Règlement intérieur ») et celles qui sont relatives au principe de non-discrimination (Titre « Discriminations »). Or ce dernier bloc de dispositions formait rien moins que le pivot de l'arrêt rendu par la Chambre sociale. Elle avait en effet examiné la clause litigieuse du règlement intérieur non pas selon les canons appliqués depuis 1982 tant par elle-même que par le Conseil d'État, mais à la lumière d'une grille d'analyse plus récente, issue du droit de l'Union européenne : la clause a été jugée nulle parce qu'elle « ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail », qui impose aux différences de traitement fondées sur un critère prohibé de « répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».

- 13 Il y aurait beaucoup à dire sur cet article L. 1321-3, issu d'une loi de transposition particulièrement bâclée (loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations). Je me bornerai à souligner qu'il transcrit de manière erronée l'article 4 § 1 de la directive « Égalité de traitement » (directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail), et qu'il introduit, au mépris de la clause de *stand still* de l'article 8, une dérogation au principe de non-discrimination que notre droit ne prévoyait pas. On peut aussi se demander si cet article était applicable à l'espèce, dans la mesure où, lu en combinaison avec l'article L. 1132-1, il vise les mesures défavorables prises *en raison* des convictions religieuses d'un salarié. Or Madame Afif, à strictement parler, n'a pas été licenciée en raison de ses convictions religieuses, qui ne regardent qu'elle. Pourquoi la Chambre sociale, pour analyser un devoir de réserve imposé à des salariés, a-t-elle accordé un rôle aussi déterminant à la question de la discrimination, au lieu de raisonner, à titre principal, en termes d'atteinte à la liberté d'expression ? L'ethnicisation contemporaine de la religion musulmane semble avoir quelque peu brouillé le jugement des magistrats.
- 14 Fort heureusement, l'Assemblée plénière a évacué de son raisonnement cet objet juridiquement mal identifié qu'est l'article L. 1132-1 du code du travail, pour statuer au regard des règles réellement pertinentes dans cette affaire : celles qui ont trait, d'une part, aux restrictions apportées aux libertés individuelles et collectives dans l'entreprise (art. L. 1121-1), d'autre part, aux discriminations que ne peut pas édicter le *règlement intérieur* (art. L. 1321-3) car c'est bien lui qui est au cœur de l'affaire, et non le licenciement prétendument « *discriminatoire* ».

Emmanuel Dockès

- 15 L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a repris le raisonnement de la Chambre sociale... pour aboutir à une solution opposée. Cette curiosité s'explique. Il s'agit d'un compromis passé entre des magistrats de sensibilités diverses. Le raisonnement de la Chambre sociale est maintenu par l'Assemblée plénière, pour satisfaire les défenseurs de la liberté et du pluralisme. Les principes sont saufs. Mais le licenciement de la femme voilée est admis, ce qui était tout de même l'essentiel pour tout ceux que le port du voile musulman insupporte. Evidemment, le raisonnement et la solution sont un peu contradictoires, mais la Cour espère ainsi contenter le plus grand nombre. D'autant que la

supercherie est suffisamment technique pour passer largement inaperçue, au moins du grand public.

- 16 La Chambre sociale et l'Assemblée plénière ont toutes deux décidé de s'appuyer sur les textes du Code du travail relatifs aux libertés fondamentales. Selon ces textes (v. not. l'art. L 1121-1 du Code du travail), toute restriction à une liberté fondamentale doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. Cette double condition devait être réalisée pour légitimer le règlement intérieur de la crèche qui imposait la laïcité et le licenciement de la salariée voilée.
- 17 En l'occurrence, aucune de ces conditions ne semblait remplie. On se demande toujours quelle menace la présence d'une femme voilée peut présenter pour les enfants d'une crèche. La diversité au sein du personnel ne serait-elle pas au contraire un moyen bien utile d'habituer les petits enfants à la diversité de la société ? De plus, le règlement intérieur de la crèche imposait un respect de la laïcité et donc une obligation de neutralité vestimentaire, dans tous les locaux, dans les annexes, et même à l'extérieur pour les activités qui peuvent s'y dérouler. Et il visait absolument toutes les tâches des employées de la crèche, sans aucune restriction, qu'elles soient en contact ou non avec les parents, qu'elles soient en contact ou non avec les enfants. Difficile d'imaginer un champ d'application plus général et absolu, ce qui ne correspond pas à l'exigence de proportionnalité.
- 18 Dans un tel contexte, la restriction aux libertés semblait n'être ni justifiée, ni proportionnée et donc illégale. Peu importe, l'Assemblée plénière note qu'il y avait peu de salariés et qu'ils étaient ou pouvaient être en contact avec les enfants... Et cela lui suffit pour affirmer qu'une justification et une proportionnalité suffisantes *ont pu* être trouvées par la Cour d'appel. Où donc la Cour d'appel a-t-elle fait cette trouvaille ? Quel pouvait être ce motif si important qui l'autorisait à interdire totalement l'expression vestimentaire d'une appartenance religieuse ? La Cour de cassation préfère ne pas le dire. Il appartient au lecteur de l'arrêt de l'imaginer à sa guise.
- 19 Cette motivation lacunaire, typiquement française, permet à la Cour de cassation de contredire la solution de la Chambre sociale, sans s'expliquer. L'Assemblée plénière se cache ainsi derrière l'autorité de la Cour d'appel de Paris, ce qui est tout de même un peu le monde à l'envers, et derrière les termes flous de la loi (« justifié », « proportionné ») pour valider le licenciement de la salariée voilée.
- 20 Ce silence présente de réelles utilités. Il rend la critique plus malaisée. Et surtout, il empêche de généraliser la solution et de fixer l'avenir. A la question : « *quelles sont les restrictions à la liberté religieuse justifiées dans les entreprises privées ?* », l'Assemblée plénière répond avec prudence : « il y en a », en s'expliquant le moins possible sur ce qui pourrait justifier de telles restrictions.
- 21 Il n'est pas impossible de penser que certaines circonstances extra-juridiques, propres à l'espèce, comme l'intransigeance de la salariée licenciée ou la générosité relative des organisateurs de la crèche dans un quartier défavorisé, aient eu une influence sur les juges.
- 22 L'arrêt de l'Assemblée plénière pourrait ainsi être un arrêt d'espèce, de faible portée sur la teneur des contrôles de justification et de proportionnalité qui s'imposent en matière de restrictions aux libertés. Il apparaît en revanche fixe fermement pour l'avenir d'autres points, relatifs aux domaines de la laïcité et des entreprises de conviction (voir ci-dessous).

*

2°/- Comment expliquez-vous une telle divergence de solution ?

Emmanuel Dockès

- 23 Les sentiments d'intolérance et les préjugés à tendance xénophobe ne cessent de ce développer. L'effarante victoire du Front National lors des précédentes élections européennes n'est que le symptôme le plus évident de cette évolution. Désormais la quasi-totalité de l'échiquier politique, à des degrés divers, est touchée. Depuis une vingtaine d'années, le vacarme des affaires de voile, intégral ou partiel, dans la rue, l'école ou l'entreprise, exprime l'intolérance croissante d'une partie de la population à l'égard d'une autre partie de la population, très minoritaire³ (la population musulmane en France recouvre entre 3 et 5 % de la population totale)⁴. Il s'agit d'ailleurs plus d'une montée du racisme ou de la xénophobie que d'une « islamophobie ». En témoignent les confusions fréquentes dans le discours public entre « musulmans » et les populations issues de pays majoritairement musulmans⁵.
- 24 Les réactions épidermiques relatives au voile musulman ne sont pas toutes inspirées de cette dérive de la société française. Certaines sont honnêtement inspirées par l'athéisme ou le féminisme. Il demeure que la violence exprimée contre le voile musulman ne s'explique guère par la force (très relative) de ces mouvements. Elle est très largement l'effet de la xénophobie montante, qu'elle soit consciente, assumée, ou simplement productrice de préjugés inconscients (comme chez certaines personnes drapées d'athéisme ou de féminisme). La Cour de cassation n'est pas restée insensible à cette déliquescence de la société française.
- 25 Il ne s'agit pas de dire ici que la Haute Cour a rendu une solution xénophobe, ce qui serait faire injure aux magistrats qui l'ont rendu. Il s'agit d'un arrêt qui tente au contraire de préserver les principes, les idéaux portés par les droits de l'homme, et notamment la liberté d'opinion ou de religion. Mais il s'agit aussi d'un arrêt de soumission face à un mouvement d'opinion délétère. Plutôt que d'affronter l'adversité, la Cour de cassation a choisi de céder du terrain. Ce repli est bien en phase avec l'esprit du temps.
- 26 La montée des mouvements xénophobes, en particulier du Front National, est analysée comme une réaction de révolte, de colère, de rejet. Soit, mais il est plusieurs manières de se révolter. Il est possible de le faire contre les plus forts, contre les puissants ou les présumés tels et de s'attaquer à toutes sortes d'autorités, politiques, financières, patronales, intellectuelles ou autres. Il est aussi possible de s'attaquer aux plus faibles, les pauvres, les « assistés », les étrangers, les minorités. Parfois encore ces deux tendances sont combinées⁶... Il demeure que la pulsion d'agression contre le plus faible, qui convient davantage aux pleutres et aux lâches, apparaît aujourd'hui dominante.
- 27 L'arrêt de l'Assemblée plénière est ainsi doublement en phase avec la société française : par sa soumission à la xénophobie montante d'une part, par son esprit de lâcheté d'autre part. A sa décharge, on reconnaîtra qu'avec les menaces d'intervention du législateur et la campagne menée contre le voile musulman, il y avait bien de quoi avoir peur.

Gwénaële Calvès

- 28 N'étant pas dans le secret des dieux, je ne sais pas ce qui a conduit l'Assemblée plénière à bouleverser le cadre d'analyse posé par la Chambre sociale. Elle a eu raison de le faire, mais je regrette quand même que ce grand ménage ait conduit à balayer sous le tapis des problèmes qui auraient dû être envisagés frontalement - soit par l'Assemblée plénière elle-même, soit par la Cour de Justice de l'Union européenne saisie par voie de question préjudicielle. Les juges français auraient rendu un fier service à l'Europe tout entière s'ils avaient donné l'occasion à la Cour de Luxembourg de se prononcer, enfin, sur les conditions auxquelles il est possible de déroger à la règle d'interdiction de la discrimination « *fondée sur la religion ou les convictions* ».
- 29 La directive « Égalité de traitement », on le sait, prévoit quatre séries d'exceptions à la règle. Les trois premières sont les mêmes que pour les autres critères « protégés » par la directive. Ces critères, à titre dérogatoire et dans des conditions strictement définies, peuvent fonder des différences de traitement décidées par : 1/ Des mesures législatives nationales nécessaires à la sécurité publique, la défense de l'ordre, la protection de la santé ou des droits et libertés (art. 2 § 5) ; 2/ Des mesures législatives ou conventionnelles prévoyant qu'une caractéristique liée à un critère protégé peut constituer une condition nécessaire et déterminante pour une activité professionnelle donnée (art. 4 § 1) ; 3/ Des mesures spécifiques de prévention ou compensation d'un désavantage lié à l'un de ces critères (art. 7). La quatrième exception, propre au critère « religion », concerne les organisations dites « de tendance » (art. 4 § 2). La crèche Baby Loup pouvait-elle se réclamer d'une telle qualification ? La question n'a pas été examinée par la Chambre sociale, car elle a estimé que la dérogation de l'article 4 § 2 n'était pas invocable en droit interne, au motif que la France ne dispose pas d'une législation *ad hoc* antérieure à 2000 ou reprenant des pratiques nationales existant à la date d'adoption de la directive.
- 30 Cette position rigide, fondée sur une lecture myope d'une disposition confuse dont on sait trop si elle est conforme à la Charte européenne des droits fondamentaux, débouchait sur une situation absurde : en l'absence de législation spécifique, des organismes dont le « caractère propre » est reconnu de longue date par la jurisprudence nationale rejoignaient, sans coup férir, le droit commun de la non-discrimination dans le monde du travail. L'Église catholique, par exemple, en sa qualité d'employeur, aurait eu du souci à se faire... Il faut relever, en outre, la contradiction interne qui affectait le raisonnement de la Chambre sociale. D'un côté, elle avait admis que le principe constitutionnel de laïcité permet, à *lui seul* - puisqu'on sait bien qu'aucune loi ne régit la matière - de soustraire aux exigences de la directive des millions d'emplois publics ou occupés par des salariés de droit privé participant à une mission de service public. De l'autre, elle refusait d'entendre que la sauvegarde du caractère propre des entreprises de tendance (écoles privées catholiques, boucheries halal, syndicats, partis politiques, journaux d'opinion...) doit, *elle aussi*, s'analyser comme la mise en œuvre de droits et libertés garantis par la Constitution (pour les exemples que je viens de citer : liberté de l'enseignement, liberté de culte, liberté syndicale et liberté d'opinion).

*

3°/- Quel est l'apport de l'arrêt d'Assemblée plénière à la notion d'entreprise de conviction ? En particulier, l'Assemblée a-t-elle consacré l'existence d'une « *entreprise de tendance laïque* » promue en son temps par le Professeur Gaudu ?

Gwénaële Calvès

- 31 L'Assemblée plénière rétablit dans ses droits la notion d'entreprise de conviction. C'est une bonne chose, même s'il est dommage que le juge national ait décidé, pour parvenir à une telle solution, de passer par pertes et profits la directive « Égalité de traitement » et le problème de l'interprétation des dispositions de droit interne qui en assurent (ou non !) la transposition. Il ne suffit pas d'ignorer une difficulté pour qu'elle disparaisse d'elle-même...
- 32 Mais je suis surtout déçue par la manière dont l'Assemblée plénière de la Cour de cassation censure la qualification « d'entreprise de conviction » que la Cour d'appel de Paris avait accordée à l'association Baby Loup.
- 33 D'abord, il me semble qu'à l'occasion de cette censure, l'Assemblée plénière promeut une définition exagérément étroite de l'entreprise de conviction. Ce type d'entreprise a pour objet, nous explique l'arrêt, de « promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques ». Jusqu'ici, rien de nouveau sous le soleil. Ce qui est nouveau – et inquiétant – c'est le *critère d'identification* que l'Assemblée plénière semble formuler. Elle affirme en effet que la Cour d'appel a eu tort de qualifier Baby Loup d'entreprise de conviction « *dès lors que cette association a pour objet de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes [...] sans distinction d'opinion politique et confessionnelle* ». Que faut-il comprendre à ce « *dès lors* » ? Que l'objet de l'association Baby Loup aurait dû être plus *directement* politique ou philosophique ? Ou plus *essentiellement* politique ou philosophique ? Ou *exclusivement* politique ou philosophique ? Exiger de l'entreprise de tendance qu'elle ait pour objet direct, essentiel ou exclusif la promotion d'une cause, c'est priver la notion de toute portée utile. Aucune grande famille de pensée ne limite son action à un travail de promotion doctrinale ou spirituelle. Autour d'elles gravitent toutes sortes d'organisations, associations, ou entreprises commerciales, qui prolongent leur conception du monde en l'incarnant dans une œuvre éducative, caritative, sociale etc... La « *promotion et la défense des convictions religieuses* » est-elle l'objet direct, essentiel ou exclusif de la boucherie halal, du restaurant cachet ou du lycée catholique sous contrat ? Certainement pas. Faut-il alors déduire de l'arrêt *Baby Loup* que les salariés de ces établissements ne sont plus tenus d'en respecter le caractère propre ? Ce serait aberrant.
- 34 La position intenable adoptée par l'Assemblée plénière s'explique sans doute par sa volonté d'éluider la question qui fâche : celle de « l'entreprise de conviction laïque ». J'entends bien que cette notion est rejetée par beaucoup de tenants d'un monisme sémantique qui voudraient que le mot « laïcité » désigne exclusivement la forme d'organisation juridico-politique de la République. De leur point de vue, la laïcité ne saurait être considérée comme un courant de pensée parmi d'autres, une « tendance »

philosophique ou politique particulière, puisqu'elle est, selon la belle formule de Catherine Kinzler, « *une règle organisant la coexistence des libertés* ».

- 35 Mais faut-il limiter le mot à cet usage, qui renvoie à la laïcité *publique* ? Toute importation dans un cadre privé, doit-elle être récusée ? Est-il inconcevable (ou illégal), pour une personne morale de droit privé, d'utiliser ce mot pour désigner « *des convictions religieuses, politiques ou philosophiques* » qu'elle entend, en qualité d'entreprise de tendance, « *promouvoir et défendre* » ? Penser que dieu est mort, c'est une « conviction religieuse » si l'adjectif désigne, comme il doit le faire dans le cadre d'un droit laïcisé, toute prise de position sur la question divine. Penser que dieu n'a pas sa place à l'école, c'est une « conviction politique », si elle est adossée à une conception de l'école comme creuset de la citoyenneté républicaine, et/ou une « conviction philosophique » si elle s'inscrit dans le cadre d'une pensée de l'émancipation. La Cour de Cassation entend-elle refuser aux libres penseurs, ou aux croyants convaincus que leur religion doit rester chose privée, ce qu'elle accorde sans barguiner aux religieux de toutes obédiences ? La liberté d'opinion, fondement du statut spécial reconnu aux entreprises de tendance, ne se divise pas. Elle permet aux communistes, aux bouddhistes, aux végétariens et à qui voudra, de développer, sous le contrôle du juge, des activités culturelles, éducatives, sociales ou récréatives destinées à diffuser et éprouver des convictions auxquelles la Constitution garantit une protection *égale*.
- 36 Dans un contexte où les malentendus et les contresens s'accumulent sur le principe juridico-politique de laïcité, il serait peut-être souhaitable de trouver un autre mot pour désigner les convictions que des acteurs *privés* entretiennent, avec le niveau « *de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* » requis par le droit européen des droits de l'homme, au sujet de la place que la religion doit occuper dans la Cité. Mais quelle que soit la façon dont on désigne sa « *tendance* », la crèche associative dont le projet pédagogique s'inspire des règles de neutralité en vigueur dans l'école publique doit être protégée, *au même titre et pour les mêmes raisons*, que la crèche associative qui entend accueillir les enfants dans le respect des valeurs évangéliques. Baby Loup *est* une entreprise de conviction, à qui l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a refusé de reconnaître la même dignité qu'à une crèche protestante, juive, ou catholique.

Emmanuel Dockès

- 37 La Chambre sociale et l'Assemblée plénière reconnaissent (implicitement pour la première, expressément pour la seconde) que la crèche Baby-Loup n'était pas une entreprise de conviction. La crèche n'avait pour objet de défendre telle ou telle pensée politique ou religieuse. Elle avait pour objet de s'occuper de petits enfants, dans le respect d'une certaine neutralité. Et la neutralité est l'antithèse de la conviction, de la tendance. Une crèche qui se veut laïque ou neutre ne défend pas de conviction : elle les admet toutes. La jurisprudence européenne relative aux entreprises de conviction et la jurisprudence française relative aux entreprises dites « de tendance », qui autorisent certaines restrictions aux libertés des travailleurs de ces entreprises, étaient donc inapplicables en l'espèce.
- 38 Il existe en revanche des crèches confessionnelles. Ce que l'arrêt de l'Assemblée plénière ne remet pas en cause. De tels établissements peuvent exiger un certain respect des convictions qui font partie de leur objet. L'Assemblée plénière laisse ainsi toute leur place

à de possibles crèches de conviction athée qui feraient de la lutte contre les religions leur objet ou une partie de leur objet. Mais il ne faut pas confondre athéisme et laïcité.

- 39 La Chambre sociale et l'Assemblée plénière reconnaissent toutes les deux que le principe de laïcité était inapplicable à l'espèce (cette fois c'est l'Assemblée plénière qui est implicite et la Chambre sociale qui est explicite). En droit, la laïcité impose une neutralité de la puissance publique vis-à-vis de toutes les croyances et opinions. Ce dont on déduit une obligation de neutralité vestimentaire. Par extension, fort discutable, ce principe a été appliqué à l'ensemble des travailleurs des services publics (Soc. 19 mars 2013, Mme X. c/ CPAM de Seine-Saint-Denis, n° 12-11.690 P). Il a même été imposé, de manière encore plus curieuse, à certains usagers des services publics (loi du 15 mars 2004, qui interdit aux élèves des écoles, collèges et lycées de manifester ostensiblement leur appartenance religieuse).
- 40 La Cour de cassation réunie en Chambre sociale comme en Assemblée plénière, refuse d'aller plus loin. Les dérapages de la laïcité semblent trouver ici un point d'arrêt : il n'est plus question d'en faire application aux salariés d'une entreprise privée, fut-elle d'intérêt général, dès lors qu'elle ne gère pas un service public. Là encore, la solution est heureuse. La laïcité a pour objet de protéger la liberté d'exprimer des croyances religieuses ou des convictions philosophiques. Interpréter la laïcité comme un moyen de prohibition généralisée de l'expression religieuse au travail eut été un contre-sens juridique.

*

4°/- La solution retenue par l'Assemblée plénière est-elle de nature à menacer les droits et libertés des salariés ou, au contraire, le raisonnement judiciaire ainsi forgé empêche-t-il les dérapages ?

Emmanuel Dockès

- 41 La décision de l'Assemblée plénière est un dérapage en elle-même. Et elle est nécessairement une menace pour d'autres dérapages liberticides.
- 42 Il s'agit toutefois d'un dérapage très contrôlé. En évitant de trop justifier la solution adoptée et en se contentant de noter que la Cour d'appel « a pu », en l'espèce, juger la restriction justifiée et proportionnée, la Cour de cassation se réserve clairement la possibilité d'affirmer, dans d'autres espèces, que telle ou telle autre restriction serait injustifiée ou disproportionnée.
- 43 Le contrôle de justification et de proportionnalité, très relâchés par l'Assemblée plénière dans l'affaire Baby Loup, va probablement reprendre de la vigueur au sein de la Chambre sociale. On ne saurait trop conseiller la prudence aux employeurs privés qui pourraient être tenté de suivre la voie ouverte par l'arrêt de l'Assemblée plénière pour imposer des obligations de neutralité vestimentaire accrue à leurs salariés.

Gwénaële Calvès

- 44 La méthode d'analyse retenue pour examiner le règlement intérieur de la crèche Baby Loup est au contraire destiné à couper court à toute tentative de détournement de la solution dégagée dans le cas de Baby Loup. En soi, cette méthode est d'un classicisme achevé – elle est également mise en œuvre par les juridictions administratives qui exercent, en matière de contrôle du règlement intérieur des entreprises privées, une compétence concurrente à celle des juridictions judiciaires. Mais il me semble que l'Assemblée plénière a fait un effort de pédagogie pour exposer clairement les exigences de ce contrôle.
- 45 Le message adressé aux employeurs qui seraient tentés d'imposer à leurs salariés une obligation de neutralité confessionnelle et politique est tout à fait clair : pour ne pas être jugé liberticide (au sens de l'art. 1121-1) ou discriminatoire (au sens de l'art. 1321-3), leur règlement intérieur doit satisfaire à des conditions qui seront appréciées *in concreto* par les juges auxquels il pourrait être déféré. D'abord, l'obligation de neutralité doit être « *justifiée par la nature de la tâche à accomplir* » et non pas « *générale* », c'est-à-dire s'imposant quel que soit le poste de travail occupé. Cette solution n'a rien d'original, elle avait déjà été posée à propos d'affaires de port du voile sur le lieu de travail. Mais c'est un rappel utile, à destination par exemple de l'entreprise de recyclage d'emballages qui a récemment décidé de se doter d'une « *charte de la laïcité* ». Il faut ensuite que la restriction apportée à l'expression des convictions religieuses (comme, ici, le port du foulard et d'une tenue vestimentaire « musulmane ») soit « *précise* », ou « *proportionnée au but recherché* ». Classiquement, l'examen de la proportionnalité d'une clause du règlement intérieur attentatoire aux droits et libertés amène le juge à rechercher si une autre solution, moins restrictive, n'était pas disponible. En l'espèce, la petite taille et les conditions de fonctionnement de l'établissement imposaient aux salariés une polyvalence qui rendait impossible une solution plus « ciblée » : tous les salariés sont ou peuvent se trouver « *en relation directe avec les enfants ou leurs parents* ».
- 46 C'est ici, selon moi, que le bât blesse. La solution dégagée par cet arrêt *Baby Loup* lance un signal bienvenu aux entreprises en général, mais son application à la crèche elle-même me semble singulièrement incohérente. La « tâche à accomplir », ici, consiste à favoriser l'éveil de très jeunes enfants et à leur apporter des soins de tous ordres. En quoi la « nature » de cette tâche justifie-t-elle d'imposer à son exécutant une obligation de réserve en matière politique et religieuse ? La Cour d'Appel de Paris avait fait valoir qu'il s'agissait de protéger la liberté de pensée, de conscience et de religion « *à construire pour chaque enfant* ». « *À construire* » : c'était admettre, à demi-mot, que ces poupons et ces bambins *ne disposent pas* de libertés qu'ils ne sont pas encore en état d'exercer, et qu'ils ne risquent donc pas d'être lésés dans des droits virtuels par la présence d'une femme portant un foulard « musulman ». Consciente de la fragilité de l'argument, l'Assemblée plénière décide de convoquer les parents, pour souligner que la tâche à accomplir par les puéricultrices implique une « relation directe » avec eux. L'obligation de neutralité politique et religieuse serait donc justifiée par la nécessité de s'occuper des enfants dans des conditions qui ne heurtent pas... *les convictions* des parents. La décision ne peut pas s'expliquer autrement : la Cour prend acte de ce que certains parents considèrent que la laïcité - au sens « *privatisé* » de valorisation du silence sur le religieux dans certaines

sphères de la vie sociale – est une valeur, qui s’inscrit dans un système de « convictions politiques ou philosophiques ».

- 47 Il aurait été plus simple de reconnaître explicitement la crèche Baby Loup pour ce qu’elle est : le lieu d’une activité menée par une entreprise de conviction laïque.

*

5°/- Si jamais la salariée décide d’initier un recours devant la Cour européenne des droits de l’homme, pensez-vous qu’elle puisse obtenir une condamnation de la France pour violation de sa liberté de religion ?

Gwénaële Calvès

- 48 Je ne pense pas que la salariée puisse obtenir gain de cause à Strasbourg. Il est certain que la Cour a répudié, par son arrêt *Eweida* du 15 janvier 2013⁷, sa doctrine de la « liberté de démission » qui revenait à laisser sans protection, ou presque, un salarié licencié pour des raisons liés à ses convictions ou ses pratiques religieuses. Mais la Cour européenne des droits de l’homme n’est pas une fervente adepte du principe de non-discrimination qui, dans ses raisonnements, ne produit ses effets qu’à titre complémentaire, ou subsidiaire. Elle envisagera certainement l’affaire *Baby Loup* en termes de conflit de droits : droit de la salariée à exprimer ses convictions religieuses sur le lieu de travail ; droit de l’association employeur à protéger l’intégrité et la crédibilité des convictions qu’elle entend affirmer à travers l’action qu’elle mène.
- 49 Car le juge européen, je n’en doute pas, appréhendera l’association Baby Loup comme une personne morale constituée pour permettre, *inter alia*, l’exercice collectif de la liberté de penser, et de défendre des choix politiques. Il ne lui échappera pas que la crèche Baby Loup n’est pas une entreprise ordinaire : elle n’a pas été créée pour réaliser du profit ; elle ne proposait pas aux habitants Chanteloup-les-Vignes de pouvoir remplir, 24h sur 24, un caddie de supermarché ou le réservoir de leur voiture. Son ambition était plus haute.
- 50 La liberté d’association à finalité « expressive » trouve à Strasbourg un asile très sûr, et généreusement accordé à ceux qui se réclament de la liberté de religion exercée collectivement. Il serait incompréhensible qu’il soit refusé à ceux qui invoquent leur liberté de construire ensemble, au nom de leurs convictions « *sincères et profondes* »⁸, des espaces de neutralité confessionnelle.

Emmanuel Dockès

- 51 L’interdiction faite par British Airways à une salariée de porter une petite croix chrétienne a été considérée comme une atteinte à la liberté de religion et a été condamnée par la Cour européenne des droits de l’homme⁹. A la suite de cette décision, la compagnie British Airways a autorisé son personnel à faire apparaître des convictions religieuses ostensibles, comme des turbans sikhs ou des voiles musulmans. La logique développée dans cet arrêt est celle d’une balance des intérêts de l’employeur et de ceux du salarié qui souhaite manifester ses convictions religieuses. Cette manière de poser la

question semble condamner la solution française. Elle revient à se demander si la présence d'une femme voilée, parmi d'autres femmes employées par la crèche, rend la mission d'accueil des enfants plus difficile. Le seul fait de poser ainsi la question, c'est déjà y répondre : en l'occurrence la présence d'une femme voilée n'aurait nullement nuit aux missions de l'employeur. On peut même penser que cette diversité parmi les employés aurait créé un sentiment d'ouverture propice à l'accueil d'enfants issus de milieux et d'origines très diversifiées.

- 52 L'arrêt Eweida plaide ainsi en faveur d'une condamnation de l'arrêt de l'Assemblée plénière et donc de la France pour violation de liberté de conscience et de religion prévue à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'Homme.
- 53 D'un autre côté, il faut rappeler d'autres arrêts de la Cour européenne qui laissent beaucoup de latitude aux Etats. La Cour a, par exemple, admis qu'un recteur d'université turc puisse interdire l'entrée d'un campus universitaire à toutes les étudiantes voilées¹⁰, cependant que la présence de crucifix dans les classes de l'école publique italienne et l'absence de signe d'autres religions dans ces mêmes écoles n'avaient rien de discriminatoire, ni d'attentatoire à la liberté de pensée, de conscience et de religion¹¹.
- 54 A l'image du Conseil d'Etat, qui condamne volontiers le voile là où la cornette lui semble parfaitement envisageable¹², la Cour européenne des droits de l'homme semble ainsi avoir du mal à uniformiser sa jurisprudence selon que telle ou telle religion est en cause. La liberté religieuse pourrait être à dimension variable selon qu'il s'agit d'afficher des signes chrétiens ou issus d'autres religions.
- 55 Cette lecture pessimiste réduit la probabilité de succès de la salariée licenciée pour port du voile. Il lui aurait été plus facile de l'emporter devant la Cour européenne, comme devant la Cour de cassation, si on lui avait reproché le port d'une croix chrétienne, plutôt qu'un voile musulman.

*

6°/- Que révèle l'affaire Baby Loup – et l'arrêt finalement adopté par l'Assemblée plénière – sur la place de la religion au travail et, plus largement, au sein de la société française ?

Emmanuel Dockès

- 56 L'affaire Baby-Loup, puissamment médiatisée, contraste avec d'autres affaires qui le furent bien moins. Ainsi, on rappellera que le jour même où elle rendait son arrêt Baby Loup, la Chambre sociale de la Cour de cassation rendait un arrêt CPAM dans lequel elle validait le licenciement pour port d'un bonnet musulman d'une salariée subalterne d'une Caisse primaire d'assurance maladie¹³. L'argument de la Chambre sociale était qu'il s'agissait d'un service public et que la neutralité vestimentaire peut être ordonnée pour tous les salariés d'un tel service. Cette solution sans nuances, qui interdit le port de signes religieux y compris pour les travailleurs de droit privé des services publics, y compris lorsqu'ils sont dépourvus de toute fonction d'autorité, y compris lorsqu'ils sont sans contact avec le public, apparaissait excessive par sa généralité. L'arrêt pourtant n'a

soulevé aucune polémique et est resté presque inaperçu. Restreindre l'expression de la religion musulmane au travail comme l'a fait l'arrêt CPAM ne soulève guère de polémique. Et comme c'est bien une telle restriction qu'opère l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 juin 2014, il est très largement approuvé par l'opinion publique.

- 57 L'arrêt de l'Assemblée plénière permet donc une baisse de tension médiatique, un calme de surface, au prix d'un nouveau recul des libertés et d'une restriction supplémentaire subie par la minorité musulmane.
- 58 Il en résultera un sentiment d'exclusion accru et un développement de la défiance, déjà forte, envers un système juridique qui, une fois de plus, s'avère incapable de protéger la liberté de ses minorités.
- 59 L'individu abandonne tout, avant d'abandonner les convictions et idées qui sont pour lui la définition même de son identité. Aucun apaisement réel ne sera trouvé sans respect des libertés et des différences. Les défenseurs de l'uniformisation nationale ne visent pas l'apaisement, mais la pacification. Il n'existe pas de pire vecteur de tension.

Gwénaële Calvès

- 60 Il est certain que les proportions prises par cette affaire révèlent quelque chose de notre société, plus déstabilisée que d'autres, peut-être, par le « retour du religieux ». Mais que dit de nous, précisément, l'affaire Baby Loup ? Il faudrait poser cette question à des chercheurs qui connaissent vraiment le sujet, comme Olivier Roy, Marcel Gauchet ou Jean-Paul Willaime (parmi d'autres !).
- 61 Sur les effets possibles de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, je ne suis pas beaucoup plus à l'aise pour vous répondre. Il faudrait déjà savoir ce que les gens ont compris de la décision... Notre collègue Olivia Bui-Xuan signalait (AJDA 2014 p. 249), à propos de l'étude rendue par le Conseil d'État, à la demande du Défenseur des droits, sur les restrictions à la liberté d'expression religieuse¹⁴, que des journaux tout à fait sérieux avaient pu comprendre, les uns, que des mères voilées pouvaient accompagner des sorties scolaires (*Libération*, *Le Figaro*), les autres, que des mères voilées pouvaient se voir *interdire* d'accompagner des sorties scolaires (*Les Échos*, *La Croix*). La discussion que nous venons d'avoir avec Emmanuel Dockès montre que, sur cette question de la liberté d'expression religieuse, les arrêts de la Cour de Cassation ne sont pas plus univoques que le déluge de décisions, avis et études dont le Conseil d'État nous gratifie depuis des décennies.
- 62 Dans ces conditions, je pense qu'il est temps, pour les élus, de cesser de se cacher derrière des juges dès que surgit un conflit de normes ou un conflit identitaire lié au réinvestissement de la sphère publique par les religieux (y compris, désormais, par la minorité catholique – l'actualité le montre assez). Il est certes inévitable que les juridictions soient appelées à trancher ce type de conflits. Mais elles statuent sur le terrain des droits et libertés. Elles ne peuvent, à elles seules, apporter une réponse à la « demande de reconnaissance » qui s'exprime, aussi, dans ces actions en justice. Politique, cette dernière question appelle une réponse explicitement politique.

*

- 63 **Cour de cassation, Assemblée plénière, 25 juin 2014, Madame X. c. Association Baby Loup, n° 13-28.369 – Communiqué de presse ; Rapport du Conseiller Truchot ; Avis du Procureur général Marin**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Gwénaële Calvès « La Chambre sociale de la Cour de cassation face à l'affaire Baby Loup : Trois leçons de droit, et un silence assourdissant », in *Respublica*, 21 mars 2013 et « Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby Loup, Quelle lecture européenne du problème ? », in *Revue de droit du travail*, 2014, n° 2, pp. 94 à 100 ; Emmanuel Dockès, « Liberté, laïcité, Baby Loup : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie montante », in *Droit social*, 2013, n° 5, pp. 388-395
2. En qualité de collaborateur de M^e Patrice Spinosi, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation représentant la crèche *Baby Loup*, l'auteur de l'entretien a contribué au contentieux tranché par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.
3. V. aussi les affaires de pain au chocolat en période de ramadan, de viande hallal, de prières de rue, ...
4. Selon les enquêtes, les questions posées et les méthodes, le pourcentage de musulmans en France se situe entre 3 % (TNS-Sofres, sondage 2007), 3,2 % (enquête Trajectoire et origine, Ined-Insee, 2010) et 5% des 18-79 ans en 2005 (Source Ined, Population et société n° 447-2008).
5. V. not. C. Guéant, alors ministre de l'intérieur, déclaration du 4 avr. 2011, qui a pu conclure à une population musulmane de plus de 8 %, en procédant à un tel amalgame.
6. L'antisémitisme a ceci de particulier, parmi les différentes formes de racisme, qu'il mélange à la fois attaque d'un plus faible (une petite minorité) et d'un prétendu plus fort (fantasmes du juif tout puissant), d'où peut-être une part sa permanence historique.
7. Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 51671/10 et al – ADL du 24 janvier 2013.
8. Cour EDH, G.C. 7 juillet 2011, Bayatyan c. Arménie, Req. n° 23459/03, § 110 – ADL du 10 juillet 2011.
9. Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida c. Royaume Uni, Req. n° 48420/10. Sur cet arrêt, v. not. Nicolas Hervieu, « Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail », *Lettre « Actualités Droits-Libertés »*, du CREDOF du 24 janvier 2013.
10. Cour EDH, Grande Chambre, 10 novembre 2005, Leyla Sahin c. Turquie, Req. n° 44774/98.
11. Cour EDH, G.C. 18 mars 2011, Lautsi c. Italie, Req. n° 30814/06 – ADL du 20 mars 2011.
12. CE, 27 juill. 2001, n° 215550 et 220980, *Syndicat national pénitentiaire, Force Ouvrière*, au Lebon ; CE, 10^e sous-sect., 29 mai 2002, no 235806, inédit au Lebon. Adde. Emmanuel Dockès, *Dr. soc.* 2013. 294.

13. Soc. 19 mars 2013, Mme X. c/ CPAM de Seine-Saint-Denis, n° 12-11.690 P.

14. Conseil d'Etat, Assemblée Générale, 19 décembre 2013, Etude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013 – ADL du 17 janvier 2014.

RÉSUMÉS

Par un arrêt rendu le 25 juin 2014, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tranché l'une des affaires les plus sensibles de ces dernières années dont la haute juridiction judiciaire a eu à connaître. Riche en multiples rebondissements et péripéties contentieuses, la « saga Baby Loup » a enfin trouvé son épilogue français. A rebours de la solution retenue par la Chambre sociale en mars 2013, l'Assemblée plénière a ainsi admis qu'une crèche puisse interdire à ses salariés le port de signes religieux, par exception au principe de liberté de manifester ses convictions religieuses au travail. Dans un entretien croisé, les Professeurs Gwénaële Calvès et Emmanuel Dockès livrent leurs premières analyses – fort contrastées – sur un arrêt appelé à faire date dans l'histoire du droit des libertés ainsi que du droit du travail.

AUTEUR

NICOLAS HERVIEU

CREDOF - Université de Paris Ouest Nanterre La Défense