

L'éclairage du Conseil d'Etat sur les obscurités de l'exigence de neutralité religieuse

Liberté de religion (Conseil d'État et Défenseur des droits)

Gabrielle Hébrard



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/504>

DOI : 10.4000/revdh.504

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Gabrielle Hébrard, « L'éclairage du Conseil d'Etat sur les obscurités de l'exigence de neutralité religieuse », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 17 janvier 2014, consulté le 20 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/504> ; DOI : 10.4000/revdh.504

Ce document a été généré automatiquement le 20 avril 2019.

Tous droits réservés

L'éclairage du Conseil d'Etat sur les obscurités de l'exigence de neutralité religieuse

Liberté de religion (Conseil d'État et Défenseur des droits)

Gabrielle Hébrard

NOTE DE L'ÉDITEUR

A la suite d'une saisine du Défenseur des droits du 20 septembre 2013 en vertu de l'article 19 de la loi organique du 29 mars 2011, le Conseil d'État adopte en assemblée générale, le 19 décembre 2013 une étude visant à dissiper certaines interrogations. L'identification des services publics et la portée de l'exigence de neutralité religieuse sont les deux problématiques abordées. Le Conseil d'État répond point par point aux préoccupations de Dominique Baudis et présente le document comme un exposé du droit. L'étude est guidée en creux par la volonté de réaffirmer que la liberté religieuse est le principe et la restriction l'exception. On ne peut nier que les applications pratiques de la laïcité, principe républicain, soulèvent d'épineuses questions. Néanmoins, le pragmatisme du Conseil d'État apporte un tempérament fort bienvenu à ce débat fébrile qui frôle parfois la déraison.

- 1 Les problématiques qui gravitent autour de la laïcité sont souvent portées par une cacophonie politique et médiatique : le seul inventaire des épithètes déjà employés pour la qualifier montre qu'il existe presque autant de concepts que d'individus. La récurrence du débat n'a d'égal que son manque de rationalité. Aujourd'hui, la discussion est guidée en creux par des sentiments ou principes qui vont se chercher sur divers terrains : culture, moralité, mixité, égalité homme/femme. Chacun pousse son pion sur l'échiquier de la laïcité. La question se pose de la place du droit sur ce damier. En effet, laïcité,

services publics, neutralité religieuse, tous ces termes, molestés par les détournements dont ils font l'objet, sont, avant tout, juridiquement fondés et définis par le droit.

- 2 Dans le cadre de sa mission de prévention des conflits (Loi organique n ° 2011-333 du 29 mars 2011), le Défenseur des droits est sollicité par des réclamations qui lui font état de difficultés en matière d'expression religieuse dans la sphère publique. On ne peut nier que certains discours opacifient lourdement les règles applicables en la matière. Dominique Baudis a donc pris l'initiative, en vertu de l'article 19 de la loi organique du 29 mars 2011, de saisir le Conseil d'État. Dans sa lettre au Président, le Défenseur des droits formule deux questions. La première porte sur les critères d'identification de la ligne de partage entre missions de service public et missions d'intérêt général. La seconde vise à clarifier l'existence ou non de catégories de « *participants au service public* » ou « *collaborateurs au service public* » et d'identifier le régime qui leur est applicable, notamment pour ce qui est de la neutralité religieuse.
- 3 Dans cette étude, première du genre, le Conseil d'État répond successivement aux interrogations du Défenseur des droits. Les 35 pages du document se divisent en trois parties. La première partie est essentielle en ceci qu'elle explicite les principes qui déterminent les réponses apportées par l'étude. Brièvement, précisons que le Conseil rappelle sans ambages que la liberté des convictions religieuses est générale. Elle trouve sa source à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et à l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Certaines conditions lorsqu'elles sont réunies méritent d'imposer des restrictions. Ce caractère relatif est prévu par les mêmes dispositions constitutionnelles et conventionnelles (page 12). La liberté de conscience est protégée corrélativement par le principe de non discrimination (garantie par le principe d'égalité proclamé par le Préambule de la Constitution de 1946 et par l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde – page 13). Le Conseil d'État indique ensuite que le principe de laïcité, quant à lui « *implique que la République ne reconnaît aucun culte, n'en salarie aucun, mais garantit le libre exercice des cultes ; il impose le respect de toutes les croyances et l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion* ». Sur le principe de neutralité du service public « *autonome par rapport au principe de laïcité* », le Conseil d'État rappelle qu'il s'applique aussi « *aux champs philosophique et politique* » (voir Décision n°2013-353 QPC du 18 octobre 2012, M. Franck M. et autres – ADL du 15 novembre 2013 – page 14 de l'étude).
- 4 Enfin, l'étude distingue les deux régimes qui s'appliquent d'une part au sein des services publics, d'autre part dans le champ professionnel. Dans le premier cas, la liberté de manifester ses croyances religieuses doit être conciliée avec les principes de laïcité et de neutralité des services publics. Dans le second, des restrictions à cette liberté ne peuvent être justifiées que par la nature de la tâche à accomplir et doivent respecter le principe de proportionnalité (page 18).
- 5 Le propos liminaire annonce que l'étude n'a pas « *pour objet de dresser un panorama de la laïcité, ni de proposer des évolutions [...] mais de dresser un constat du droit en vigueur* » (page 9). La question se pose de la portée d'un tel document. **D'un genre nouveau, cette étude n'est pas un avis – que le Conseil d'État rend dans son rôle de conseiller du gouvernement –, encore moins un arrêt de la juridiction administrative, pas plus qu'il n'émane de la section rapports et études du Conseil d'État.** On peut donc s'interroger sur la valeur de cette étude et de l'usage qui en sera fait. Pour le moins, même si la logique se voudrait d'une glaciale objectivité, la lecture de l'étude ne se fait pas sans déceler certaines orientations. Ainsi, sur la frontière entre mission d'intérêt

général et mission de service public, le raisonnement méthodiquement exposé rend vaine toute voie de contestation (1°). Sur la seconde question du Défenseur des droits, avant de plaider pour un pragmatisme nécessaire (3°), la Haute juridiction administrative réfute catégoriquement l'existence d'une « *catégorie intermédiaire* » entre l'agent et l'utilisateur du service public (2°).

1°/- L'identification des services publics, un raisonnement juridique classique qui dissipe utilement toute contestation

- 6 Le Conseil d'État était appelé par le Défenseur des droits à énumérer les « *critères d'identification de la ligne de partage* » entre missions de service public et missions d'intérêt général. Dans la seconde partie de l'étude intitulée « *identification des services publics* », la Haute juridiction expose l'état du droit en la matière, lequel repose principalement sur sa propre jurisprudence. Sans s'appesantir outre mesure sur la démonstration, il convient d'en évoquer les lignes essentielles.
- 7 Deux cas de figure posent peu de difficultés : les activités d'intérêt général dont la qualification de services publics est tirée de dispositions constitutionnelles ou législatives, et celles assurées directement par des personnes publiques. L'ensemble du régime propre aux services publics doit leur être appliqué, et partant, les principes de laïcité et de neutralité (page 21).
- 8 Le Conseil d'État envisage ensuite les activités d'intérêt général assurées par des personnes privées, elles constituent le cœur du problème. Dans une telle hypothèse, il convient de mettre en œuvre la jurisprudence établie par la décision APREI (CE, Sect., 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, n° 264541). Ainsi, le Conseil d'État, se citant lui-même, distingue deux situations. La première, impose la réunion de trois critères pour emporter la qualification de service public : l'intérêt général attaché à l'activité, le contrôle de l'administration, et enfin la détention par la personne privée de prérogatives de puissance publique (page 22). La seconde, substitue à ce dernier critère de détention de prérogatives de puissance publique « *un faisceau d'indices qui conduit [...] à mesurer le degré d'implication de la personne publique, d'une part, dans les conditions de création, d'organisation et de fonctionnement de l'organisme de droit privé, d'autre part, dans la fixation d'obligations spécifiques et la conduite d'un contrôle des objectifs assignés* » (page 23).
- 9 Dans cette perspective, le Conseil d'État prend la peine de préciser qu'un « *contrôle administratif prenant la forme d'un régime d'autorisation ou de déclaration, éventuellement doublé d'une réglementation sur les modalités d'exercice de l'activité* » n'atteint pas le degré d'implication suffisant. Il ajoute que les structures d'accueil de jeunes enfants, et notamment les crèches, créées par des personnes de droit privé, entrent précisément dans ce type de cadre normatif (articles L. 2324-1 et suivants du code de la santé publique), et par conséquent, échappent au régime réservé aux services publics (page 24).
- 10 Si on peut lire dans l'introduction de l'étude que le Conseil d'État se refuse à prendre parti sur l'affaire *Baby-Loup* « *qui relève de la compétence des juridictions judiciaires* » (page 9), on ne saurait s'empêcher de voir ici plus qu'un simple écho à la position de la Chambre sociale de la Cour de cassation. En effet, c'est pour le moins une allusion flagrante à la position de la juridiction judiciaire, à laquelle le Conseil d'État souscrit sans réserve.

L'affaire Baby-Loup est largement évoquée dans la lettre de saisine du Défenseur des droits, et pour cause, la question est éminemment problématique, en témoigne le circuit contentieux débridé de l'affaire de la crèche des Yvelines. Pour mémoire, le litige opposait une crèche associative à son employée, la première ayant licencié la seconde pour faute grave, au motif que celle-ci s'était rendue à son poste vêtue du voile islamique, alors que le règlement intérieur imposait le respect des principes de laïcité et de neutralité. Au terme d'un parcours judiciaire extrêmement médiatisé, les juges du quai de l'Horloge ont tranché en faveur de la liberté d'expression des convictions religieuses de la salariée, jugeant que le principe de laïcité ne s'appliquait pas au sein des entreprises privées, en dépit de la mission d'intérêt général en cause (Cour de cassation, Chambre sociale, 19 mars 2013, Arrêt n° 536 – n° 11-28.845 ; voir ADL du 1er mai 2013 – La liberté d'expression religieuse au travail à l'épreuve des soubresauts du principe de laïcité). La position des juges judiciaires, au lieu de dissiper le tumulte cramponné au sillage de l'affaire, a plutôt attisé la fièvre laïque des parlementaires et journalistes de tous bords. L'orthodoxie du raisonnement juridique tenu par la Cour de cassation n'était peut-être pas à l'image de la fébrilité avec laquelle la décision était attendue.

- 11 Le Conseil d'État, dans l'étude ici commentée, ne souhaite visiblement pas le dire *verbatim* mais abonde allègrement dans le sens de son homologue judiciaire : « *ainsi, une activité d'intérêt général, alors même qu'elle pourrait constituer un service public si elle était assumée par une personne publique, n'est pas soumise aux règles et principes du service public lorsqu'elle est uniquement subventionnée et réglementée* » (page 25). Avant quoi, il indique à la page 18 de l'étude que « *hors des services publics, des restrictions à la liberté de manifester ses opinions ou croyances religieuses ne peuvent être justifiées ni par la laïcité de l'État, ni par la neutralité des services publics* ».
- 12 Ces principes ne sont pas nouveaux, loin de là, mais face à l'émoi suscité par la décision *Baby-Loup*, on imagine aisément l'inconfort de la position du Défenseur des droits dans son rôle de médiation et de prévention des contentieux. Comment expliquer avec crédit la portée d'une décision de justice, instantanément déplorée avec force bruit par la majorité de la classe politique ? Point de révolution donc dans cet exposé, mais on peut saluer la dissipation de tout mystère sur l'identification des services publics et du régime spécifique qui leur est attaché. La seconde partie de l'étude, consacrée à la portée de l'exigence de neutralité religieuse éprouve, elle, une virtuosité juridique moins évidente.

2°/- Absence de catégorie intermédiaire entre l'agent et l'utilisateur du service public, le régime des sorties scolaires en suspens ?

- 13 Dans cette troisième partie de l'étude, le Conseil d'État rappelle en premier lieu l'essence du principe de neutralité religieuse qui justifie « *à l'égard des agents du service public, une interdiction de manifester leurs croyances ou leur appartenance à une religion dans l'exercice de leurs fonctions* » (page 28). Il ajoute que ces obligations « *s'appliquent [...] aux agents des personnes publiques et aux employés des personnes morales de droit privé auxquelles a été confiée la gestion d'un service public* » (page 29). Là encore, rien d'inédit : le Conseil d'État reprend la jurisprudence administrative classique en citant l'avis *Mlle Marteaux* du 3 mai 2000 (CE, avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, n° 217017). Il souligne l'harmonie des ordres administratif et judiciaire sur cette question en rappelant l'arrêt *CPAM de Seine-Saint-Denis*

- du 19 mai 2013 (Cour de cassation, Chambre sociale, 19 mars 2013, Arrêt n° 537 – n° 12-11.590) – synchrone de l'arrêt *Baby-Loup* déjà évoqué – lequel précise que le contact direct de l'agent avec le public n'importe pas dans l'application des principes de laïcité et de neutralité qui légitiment l'interdiction du port de signes religieux (page 29).
- 14 La portée du principe de neutralité, si elle est claire concernant les agents des services publics, sous-tend une question plus épineuse que Dominique Baudis soulève formellement. En effet, la lettre de saisine sollicite des éclaircissements sur le fait de savoir s'il peut être identifiée une notion de « *participation au service public* » ou encore de « *collaboration occasionnelle au service public* ». Dominique Baudis évoque plus concrètement le cas des « *personnes sans lien contractuel ou lien de sujétion particulier avec le service public* » et des « *bénévoles en appui des services publics [...] à l'hôpital, dans les maisons de retraite, à l'école* » (page 5).
- 15 Deux affirmations claires et non équivoques se dégagent de la réponse du Conseil d'État à la question du Défenseur des droits. D'une part, la Haute juridiction affirme que « *l'usager du service public n'est pas, en principe, soumis à l'exigence de neutralité religieuse* » (page 30). D'autre part, il n'existe pas de catégorie intermédiaire entre l'usager et l'agent du service public, comme le suggère la lettre de saisine du Défenseur des droits sous l'appellation « *participant* » ou « *collaborateur* » (page 29). Le Conseil d'État indique qu'il existe bien une « *théorie des collaborateurs occasionnels des services publics* » dans la jurisprudence administrative mais qu'elle reste « *purement fonctionnelle* » et n'a qu'une vocation indemnitaire (sur la théorie du risque professionnel voir CE, 21 juin 1985, *Cames*, rec. p 509 ; sur l'indemnisation du dommage subi voir CE, Ass., 22 novembre 1946, *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, rec. p 279 ; et récemment CE, Sect., 12 octobre 2009, *Mme Chevillard*, n° 297075, rec. p 387) (page 30). Quant aux textes qui emploient des expressions analogues pour désigner les personnes ayant une relation avec le service public différente de celle de l'usager ou de l'agent, ils répondent à une logique casuistique « *cette assimilation [ne valant] que pour la règle prescrite par le texte et [n'entraînant] en rien l'application de l'ensemble des sujétions imposées aux agents publics* » (page 31). A ce stade de la lecture de l'étude, la position du Conseil d'État ne prête à aucune ambiguïté : pas de statut hybride pour un potentiel « *participant* » ou « *collaborateur* » au service public.
- 16 C'est ici que l'étude distille ses subtilités, inévitables tant le sujet est délicat. Le Conseil d'État envisage les hypothèses où usagers et tiers au service public sont susceptibles être soumis à des restrictions à la liberté de manifester une opinion religieuse. Des textes particuliers peuvent ainsi instaurer des limitations particulières : la loi 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, et la circulaire « *Fillon* » du 18 mai 2004 en sont les exemples topiques (page 32).
- 17 Le Conseil d'État poursuit en indiquant que peuvent également venir limiter la liberté d'expression des convictions religieuses « *les nécessités de l'ordre public et du bon fonctionnement du service, qui résultent de la lettre même de l'article 10 de la Déclaration de 1789* » ; il laisse le soin à « *l'autorité compétente* » de déterminer tant la substance des « *nécessités* » en question que les restrictions qu'elles exigent (page 33).
- 18 A cet instant, **le lecteur pourrait estimer que le Conseil d'État se refuse à trancher dans un sens ou dans un autre, et à force de laconisme, qu'il laisse en suspens certaines difficultés soulevées par Dominique Baudis.** A ce titre, la question de l'expression des convictions religieuses des parents accompagnant les classes pendant les

sorties scolaires et plus concrètement celle du port du voile islamique, fait partie des préoccupations du Défenseur des droits lorsqu'il sollicite les lumières du Conseil d'État. Rappelons qu'aujourd'hui, cette problématique est seulement traitée par la circulaire Châtel du 27 mars 2012 laquelle indique que « *les principes de laïcité de l'enseignement et de neutralité du service public [...] permettent notamment d'empêcher que les parents d'élèves ou tout autre intervenant manifestent, par leur tenue ou leurs propos, leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques lorsqu'ils accompagnent les élèves lors des sorties et voyages scolaires* ». A même de présenter un reflet concret de la situation sur le terrain, la lettre de saisine du Défenseur des droits évoque des « *dispositions prises [qui] varient d'un établissement à l'autre* » (page 5). A ce propos, il convient de mentionner un jugement du Tribunal administratif de Montreuil qui était venu approuver une disposition du règlement intérieur d'une école élémentaire imposant aux parents volontaires pour accompagner les sorties scolaires de respecter dans leur tenue et propos la neutralité de l'école laïque (TA de Montreuil, 22 novembre 2011, n° 1012015). **Une application hétérogène du droit sur le territoire soulève des interrogations légitimes et le principe constitutionnel d'égalité ne saurait s'en accommoder.** On peut donc à juste titre s'interroger sur la portée de la position de la Haute juridiction.

3°/- Neutralité religieuse dans les services publics : un pragmatisme nécessaire

- 19 Comme un grain dans les rouages non si bien huilée de la machine laïque, la nuance du Conseil d'État n'a pas manqué de provoquer quelques réactions. Le prédécesseur de l'actuel ministre de l'éducation a ainsi fustigé une « *laïcité à géométrie variable* ». Député de Haute-Marne, il appelle à légiférer sur la question. Le Ministère a, quant à lui, rapidement indiqué que « *s'agissant des parents d'élèves qui participent à des déplacements ou des activités scolaires, ils doivent faire preuve de neutralité dans l'expression de leurs convictions, notamment religieuses* ». Néanmoins, le même communiqué ajoute que si la Circulaire Châtel reste valable, elle est « *mise en œuvre sur le terrain avec intelligence, en privilégiant toujours d'abord la voie du dialogue* ». Le phrasé du Ministère semble donc inoculer plus de doigté dans la pratique que ce que prescrit le texte en question.
- 20 On peut s'étonner que l'étude n'ait pas jugé bon de mentionner cette circulaire. Pour autant, la tâche consistait pour le Conseil d'État à parcourir les contours sinueux de l'état du droit, on comprend la nécessité dans l'exercice de faire abstraction d'un tel nid de poule. En outre, est-il nécessaire de rappeler ici qu'une circulaire n'a pas de portée normative.
- 21 Une première analyse consisterait à dire que le Conseil d'État édulcore l'embarrassante question. On ne peut souscrire à un tel raccourci. En réalité, d'une part, **l'étude réaffirme le principe fondamental selon lequel la liberté des convictions religieuses est la règle, la restriction l'exception, d'autre part, elle prône le pragmatisme dans l'application de ce principe.** Cette position s'inscrit dans l'axe cardinal habituel de la jurisprudence administrative – la réticence de l'avis du Conseil d'État sur la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public en est une illustration. C'est une position récurrente du juge administratif que de s'attacher à garantir le libre exercice du culte.

- 22 Certes, pas de solution impérieuse, implacable dans le raisonnement, draconienne dans l'application. Mais la question méritait sensiblement mieux que ce type d'étroitesse. La conciliation entre un principe républicain et une liberté fondamentale ne se fait pas au couteau. Certains ne manqueront pas de voir dans la position du Conseil d'État un renvoi au législateur, auquel reviendrait le rôle de sauvegarder une laïcité en péril. On ne saurait adhérer à cette vue. La position du Conseil d'État n'est-elle pas plutôt d'affirmer qu'en certains domaines, tout ne peut être strictement réglé par la loi, et qu'en matière de laïcité c'est éminemment le cas ? **Il est possible et plus sage de faire confiance aux acteurs de terrain et notamment aux chefs d'établissement dont on imagine aisément qu'ils ont à cœur, plus que quiconque, la prévention des conflits.**
- 23 Il est utile enfin, de rapporter la position de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme qui, dans son avis du 26 septembre 2013 sur la laïcité estime que « *la loi ne saurait se substituer à la jurisprudence, dès lors qu'il lui est impossible de résoudre chaque difficulté particulière posée par l'application du principe de laïcité ; elle risque même de susciter de nouvelles difficultés et de rompre l'équilibre atteint aujourd'hui* ». Au surplus, personne n'ignore que l'islam cristallise les passions de certains partisans d'une laïcité radicale. On ne saurait appeler sereinement à un nouveau texte sur le voile à l'école, qui apporterait inévitablement son lot de crispations politiques et de stigmatisations. L'école doit être le terrain apaisé de l'éducation et de l'apprentissage des valeurs, il est loin d'être sûr qu'elle ne souffrira pas d'un nouveau débat de ce type. Gageons que c'est précisément ce que souhaite éviter le Conseil d'État.



- 24 L'étude du Conseil d'État montre que les questions posées par le Défenseur des droits ne peuvent être cernées pertinemment sans subtilités. Pour autant, l'arsenal normatif est à l'œuvre et pose distinctement tant le principe fondamental de liberté d'expression des convictions religieuses que les exceptions qu'il souffre. Appliqué sereinement, il suffit à appréhender la diversité des situations qui peuvent se présenter. **Il semble que sur ce point, la Cour de cassation et le Conseil d'État regardent dans la même direction et épousent les contours de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.** En effet, la recommandation du Conseil d'État de favoriser le dialogue, n'est pas sans faire écho aux « *accommodements raisonnables* » strasbourgeois (voir Cour EDH, 4^e Sect. 7 décembre 2010, Jakóbski c. Pologne, Req. n° 18429/06 – ADL du 7 décembre 2010 et Cour EDH, 2^e Sect. 3 avril 2012, Francesco Sessa c. Italie, Req. n° 28790/08, § 35 – ADL du 15 avril 2012). Par ailleurs la Cour de cassation, en réaffirmant la liberté d'expression des convictions religieuses du salarié face au pouvoir de direction de l'employeur dans l'affaire *Baby-Loup*, marche dans les pas du juge européen (voir Cour EDH, 4^e Sect. 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, Req. n° 51671/10, 36516/10, 48420/10 et 59842/10 – ADL du 24 janvier 2013). Ces considérations devront guider tout projet ou proposition de loi, car si aujourd'hui certains regrettent les nuances du Conseil d'État, c'est au prétoire européen que leur arrogance législative mènera.

BIBLIOGRAPHIE

Conseil d'Etat, Assemblée Générale, 19 décembre 2013, *Etude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013*.