



UNIVERSITE D'ORLEANS
U.F.R. COLLEGIUM
DROIT, ECONOMIE,
GESTION



Sciences de l'Homme et de la Société
Centre de recherches juridiques Pothier

T H E S E

Présentée par Raphaël RAMETTE
soutenue le 9 mars 2017
pour obtenir le grade de

Docteur de l'Université d'Orléans
Discipline : Droit privé
Spécialité : Droit social

Le client et les droits et libertés du salarié

Thèse dirigée par :

M. Nicolas MOIZARD, Professeur à l'Université de Strasbourg

Rapporteurs :

Mme Chantal MATHIEU (MCF HDR, Université de Franche-Comté)

M. Ismaël OMARJEE (rapporteur, MCF HDR, Université Paris Ouest Nanterre
La Défense)

Jury :

Mme Odile GOUËL, (MCF, Université d'Orléans),

Mme Chantal MATHIEU, (rapporteur, MCF HDR, Université de Franche-Comté),

M. Nicolas MOIZARD (Directeur de recherches, Université de Strasbourg),

M. Ismaël OMARJEE (rapporteur, MCF HDR, Université Paris Ouest Nanterre
La Défense)

Remerciements

Je tiens tout particulièrement à adresser ici l'expression de ma reconnaissance à M. le Professeur Nicolas Moizard qui m'a aidé tout au long de ces années à construire et rédiger ma réflexion, toujours avec attention, patience et précieux conseils.

Je tenais sincèrement à remercier Mme Odile Gouël, Mme Chantal Mathieu, M. Ismaël Omarjee pour avoir accepté de partager et débattre de mon sujet.

Mes pensées vont aussi à mon entourage, qui a fait preuve tout à la fois de patience et de compréhension et bien sûr à mes relecteurs.

Enfin, je souhaitais remercier mes collègues et amis, qui ont su, par des paroles appropriées, m'aider à entretenir ou raviver la flamme nécessaire pour réussir à faire aboutir ce projet.

Table des matières

Introduction.....	7
-------------------	---

Première partie

L'encadrement juridique du pouvoir de l'employeur sur le salarié au regard des exigences ou de la proximité du client.

Chapitre 1. Les libertés des salariés, de l'employeur et leurs protections.....	24
--	-----------

Section 1. Les libertés des salariés, celles de l'employeur.....	24
--	----

I. Les conceptions des libertés.....	24
--------------------------------------	----

II. Les fondements juridiques des libertés.....	25
---	----

A. Les textes internationaux.....	25
-----------------------------------	----

B. Les textes nationaux.....	30
------------------------------	----

Section 2. La protection et confrontation de ces libertés.....	35
--	----

I. Les modalités de protection de ces libertés.....	34
---	----

A. Les modalités de protection non juridictionnelles.....	34
---	----

B. Les recours juridictionnels.....	36
-------------------------------------	----

II. La confrontation de ces libertés.....	37
---	----

Chapitre 2. L'encadrement législatif des restrictions apportées aux libertés individuelles des salariés.....	39
---	-----------

Section I. L'article L. 1121-1 et l'article L. 1321-1 du Code du travail.....	40
---	----

I. Les dispositions.....	40
--------------------------	----

II. Les origines.....	40
-----------------------	----

III. Le champ d'application.....	42
----------------------------------	----

Section 2. L'article L. 1132-1 du Code du travail.....	42
--	----

Section 3. La coordination des textes.....	46
--	----

Chapitre 3. Les troubles objectifs causés à l'entreprise : une construction jurisprudentielle portant atteinte aux libertés du salarié.....	49
--	-----------

Section 1. Une protection forte de l'entreprise : la notion de troubles objectifs.....	51
--	----

I. La construction du concept de troubles objectifs et la délimitation du champ de la vie professionnelle.....	51
--	----

A. La construction du concept de troubles objectifs.....	51
--	----

B. La délimitation de la vie professionnelle.....	57
---	----

II. Les notions de troubles objectifs au sein de l'entreprise et de troubles objectifs à l'entreprise.....	58
--	----

Section 2. L'atteinte à l'image de l'entreprise : une nouvelle extension du contrôle de l'employeur.....	60
--	----

I. L'atteinte à l'image.....	60
II. Publicité et atteinte à l'image.....	62

Seconde partie

L'atteinte aux libertés du salarié par le client ou en raison de la proximité du client

Chapitre 1. Du client à l'origine de la mise en place et/ou de la rupture d'une relation contractuelle au client se substituant au salarié.....	65
--	-----------

Section 1. Du client prescripteur de la relation contractuelle.....	65
---	----

Section 2. Au client prescripteur de la rupture de la relation.....	66
---	----

I. La rupture fondée sur une demande directe et actuelle du client.....	66
II. La demande fondée sur des faits antérieurs à la relation de travail.....	68
III. La rupture liée au comportement du salarié auprès du client, hors temps de travail.....	68
IV. La rupture préventive de la relation de travail par l'employeur au regard des exigences du client.....	69

Section 3. De la substitution du client au salarié à la qualification du client en salarié.....	70
---	----

I. Du remplacement du salarié par le client.....	71
II. Au client requalifié en salarié.....	72

Chapitre 2. L'influence du client sur l'apparence extérieure du salarié.....	76
---	-----------

Section 1. La liberté vestimentaire du salarié.....	76
---	----

I. Le vêtement.....	78
A. Bref rappel historique et sociologique.....	78
B. Le contact avec le client.....	80
C. Les caractéristiques de la tenue.....	84
1. L'absence de tenue vestimentaire et la tenue indécente.....	84
2. La tenue vestimentaire.....	85
a. Le port obligatoire d'une tenue.....	85
b. Le contact avec la clientèle sans tenue obligatoire...87	
1) Les difficultés inhérentes à l'appréciation...88	
2) La démarche du juge.....	89
3) La subjectivité de la démarche.....	92
c. La propreté de la tenue.....	93
D. Les accessoires de la tenue.....	93

E. L'évolution de la jurisprudence sur l'apparence extérieure du salarié.....	94
a. La cravate.....	94
b. Le costume et la chemise.....	95
c. Le survêtement.....	95
d. Le port du jean.....	95
e. Le bermuda.....	96
f. La jupe.....	96
g. Les chaussures.....	96
h. La coiffure et la barbe.....	96
i. Les boucles d'oreilles.....	97
j. Le piercing.....	98
II. L'expression vestimentaire de la foi.....	99
A. Les fondements textuels.....	102
B. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour suprême du Canada et de la Cour suprême des Etats-Unis.....	106
1. La jurisprudence de la CEDH.....	106
2. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.....	118
3. La jurisprudence nord-américaine.....	127
a. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada.....	127
b. La jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis.....	131
C. La confrontation des droits.....	133
1. Le signe religieux.....	133
2. Les cas spécifiques des services publics et des entreprises identitaires.....	136
3. Les entreprises non spécifiques.....	140
4. La demande expresse du client, cause légitime d'atteinte à la liberté religieuse au sein de l'entreprise ?..	143
D. La prohibition de toute règle d'interdiction générale et absolue...	150
E. Le recours à la notion de troubles objectifs : une issue pour l'employeur ?.....	151
F. Des positions jurisprudentielles contradictoires de la Cour de cassation ?.....	154
Section 2. L'apparence physique du salarié.....	155
I. Discrimination et justifications de celle-ci.....	156
II. Discrimination et apparence extérieure du salarié.....	158
A. Les éléments constitutifs de l'apparence physique.....	158
B. L'apparence du salarié et les stéréotypes.....	160
C. L'existence de stéréotypes, cause légitime de discrimination quant à l'apparence physique ?.....	160

D. La demande du client, cause légitime de discrimination sur l'apparence physique ?.....	167
E. Le recours à la notion de troubles objectifs : une solution pour l'employeur ?.....	167
Chapitre 3. Le client et la liberté d'expression du salarié.....	169
Section 1 Le contour de la liberté d'expression.....	169
Section 2 L'exercice de la liberté d'expression.....	169
I. Le principe.....	171
II. La mise en œuvre jurisprudentielle du principe.....	172
A. Le silence du salarié.....	174
B. Les clients insultés par les salariés.....	174
C. Le dénigrement de sa propre hiérarchie ou de la direction.....	175
1. Le dénigrement au sein de l'entreprise.....	175
a. Le dénigrement de la direction par un salarié non cadre.....	175
b. Les propos tenus par un membre de l'encadrement ou de la direction.....	176
2. Le dénigrement de la direction ou de la hiérarchie à l'extérieur de l'entreprise.....	179
D. Le dénigrement spécifique de l'entreprise et/ou de ses salariés....	182
1. Le dénigrement au sein de l'entreprise.....	182
2. Le dénigrement de l'entreprise à l'extérieur de l'entreprise.....	183
E. La liberté d'expression lors de l'exercice d'une activité syndicale et le client.....	185
F. La liberté d'expression et la communication électronique.....	189
1. La jurisprudence au regard des courriers « classiques »....	190
2. La notion de courriers personnels.....	190
3. Internet, la liberté d'expression et la protection de l'entreprise.....	192
a. Les réseaux sociaux.....	192
b. Les blogs.....	197
Conclusion.....	199
Bibliographie.....	203

Introduction

« *Jus est ars boni et aequi* »¹. Le droit du travail est régulièrement remis en cause « *par les faits, le temps et le système de valeurs privilégiées par la société* »². Le XX^{ème} siècle qui vient de s'achever, fut en France et en Europe le théâtre de nombreux bouleversements sociaux et économiques. Ainsi en est-il de l'inexorable montée en puissance du phénomène du salariat³, du développement de l'entreprise et de l'activité économique, du développement de notre société de consommation⁴, tout cela fondé sur un système d'inspiration libérale grâce à de nombreux traités favorisant les échanges commerciaux⁵. Cela a abouti fort logiquement à une augmentation de la concurrence tant au plan national qu'europpéen et international, permettant inlassablement à de nouveaux pays à se joindre au jeu du commerce mondial⁶, dans le cadre d'accords internationaux toujours fondés sur une vision libérale de l'économie⁷. Certes, tant les clients que les salariés furent les bénéficiaires de cette évolution jusqu'à la fin des trente glorieuses⁸. Toutefois, avec la fin de cette époque s'achève une période où « *les offreurs étaient en position de force face à des clients toujours plus demandeurs* »⁹. La situation a beaucoup changé. Désormais, l'entreprise, confrontée à une concurrence française, européenne et internationale, dont l'intensité était inconnue jusqu'ici, devant faire face à des phénomènes de communication immédiats et difficiles à maîtriser, doit être de plus en plus performante et séduisante quant à son offre. La faiblesse de la croissance économique en France¹⁰ et le maintien d'un taux de chômage à des niveaux élevés depuis de nombreuses années¹¹, a modifié les équilibres tant économiques que sociaux¹².

Parallèlement, les droits et libertés accordés d'abord aux citoyens puis aux salariés se sont multipliés, précisés¹³. L'organisation de l'Etat et la conception du rôle de celui-ci n'ont pas échappé à l'influence de la pensée néolibérale tout en conservant une véritable spécificité

¹ « Le droit est l'art du bien et de l'équitable. Il s'agit d'un adage juridique dont l'origine remonte au juriste Celse, qui définissait ainsi le droit. Cf. Jean Hilaire, « Adages et maximes de droit français, Dalloz, 2^{ème} édition, 2015, p. 112.

² Fleur Laronze, Jeanne-Marie Tufféry-Andrieu, colloque, « les normes du travail : une affaire de personnes ? », Bruylant, décembre 2015, 268 p., préface, p. 14.

³ N. Hatzfeld, « Personnes au travail, une norme sans cesse renouvelée, (XIX^e et XX^e siècles) », in « Les normes du travail : une affaire de personnes ? », sous la direction de J.-M. Tufféry-Andrieu et F. Laronze, Bruylant, 2016, 264 p., p. 153.

⁴ Sur la période 1890-2012, le PIB/habitant a été multiplié par neuf en France. Cf. A. Bergeaud, G. Cette et R. Lecat, « Le PIB brut par habitant en France et dans les pays avancés : le rôle de la productivité et de l'emploi », INSEE, Economie et statistiques, n°474, 2014, p. 5.

⁵ Le GATT, signé le 30 octobre 1947, création du FMI le 27 décembre 1945, par exemple, le traité CECA signé le 18 avril 1951 puis le traité créant la CEE signé le 25 mars 1957, le traité créant l'AELE le 4 janvier 1960.

⁶ D. Clerc, « De la spécialisation à l'intégration », Alternatives économiques, Hors-série, « La Mondialisation », n°59, 1^{er} trimestre 2004, p. 12.

⁷ Le GATT, accord général sur les tarifs douaniers et le commerce signé le 30 octobre 1947 par 23 Etats, et antérieurement les accords de Bretton Woods signés le 22 juillet 1944 par 44 Etats portant sur l'organisation du système financier international.

⁸ Le taux de chômage était de 4,9 % en 1979 selon l'Insee pour l'ensemble de la population (taux de chômage au sens du BIT).

⁹ M. Mousli, « Un siècle de management », Alternatives économiques, Hors-série, « L'entreprise », n°79, p. 22.

¹⁰ 1,1 % en 2015 en France, selon l'Insee, taux de chômage au sens du BIT, publication du 29 janvier 2016.

¹¹ Il était déjà à 8 % en 1984 selon l'Insee, (taux de chômage au sens du BIT).

¹² Le vote du Royaume-Uni en faveur d'une sortie de l'Union européenne, et l'élection de Donald Trump aux Etats-Unis sont, sans doute la résultante de ces bouleversements.

¹³ Le Code du travail de 2016 fait 3809 pages pour un format de 14 x 20 cm, alors que celui de 1986 n'en comptait que 1780 en format 15 cm, soit une augmentation d'environ 114 %. Celui de 1962 n'en comptait que 902 pages en format 15 cm, soit une augmentation de 97 % en 24 ans. Globalement, le code double de taille tous les 25 ans.

française¹⁴, notamment par son attachement aux services publics, plébiscités par la population et la préservation de la notion d'usager sur celle de consommateur. Enfin, le rapport de l'Etat et du citoyen à la religion, a profondément évolué pour aboutir à l'émergence de nouvelles revendications religieuses face à un Etat, dont la laïcité est affirmée constitutionnellement, alors que tout un chacun pensait les avoir apaisées au début du XX^{ème} siècle¹⁵. En outre, après des revendications liées à l'universalisme défendu par Simone de Beauvoir, sont apparues des demandes axées sur les différences¹⁶, et « *le droit à la différence par la différence des droits* »¹⁷. En ce début du XXI^{ème} siècle, notre société apparaît donc comme plus développée économiquement qu'elle ne l'a jamais été, plus protectrice des droits et libertés des individus, mais aussi confrontée à de nouvelles revendications davantage centrées sur l'individu et ses droits fondamentaux, reflet de la focalisation des valeurs de notre société sur la valorisation des caractéristiques personnelles de l'individu. En effet, le développement de la notion d'identité, religieuse, sexuelle, culturelle, a encouragé la mise en avant des différences entre individus, et de l'appartenance à des groupes sociaux spécifiques¹⁸. Le multiculturalisme y puise ses forces qu'il soit fondé sur l'origine ethnique ou sur la religion¹⁹. Comme le note P. Adam, si le salarié se conçoit davantage comme un individu, il « *risque de ne plus se concevoir comme sujet, à s'oublier comme membre d'une collectivité partageant un destin commun* »²⁰. Il perd de vue les intérêts partagés, l'objectif commun notamment au sein de l'entreprise.

Face à l'Etat qui, de par sa neutralité²¹, se doit de traiter chaque citoyen de manière égalitaire en droits²², en tenant compte toutefois de caractéristiques²³, sans tenir compte des spécificités culturelles, religieuses, ethniques, afin de garantir justement une absence de discrimination, et éviter qu'il y aient des citoyens de première ou de seconde classe, certains auteurs, et notamment Ch. Taylor²⁴, postulent que l'Etat doit au contraire s'appuyer sur celles-ci, pour reconnaître les citoyens dans leur complète identité. Cet auteur considère que l'identité se construit notamment sur la base de la reconnaissance par autrui de ses propres caractéristiques²⁵. Dès lors, l'absence de reconnaissance ou la reconnaissance partielle peut constituer « *une forme d'oppression, en emprisonnant certains dans une manière d'être fausse, déformée et réduite* »²⁶ et entraîner une image dégradée, voire parfois intériorisée par les citoyens eux-mêmes, victimes de cette absence de prise en compte de leur identité. La

¹⁴ L. Rouban, « Le discours néolibéral sur la transformation de l'Etat », Alternatives économiques, Hors-série n°61, « L'Etat », 3^{ème} trimestre 2004, p. 52.

¹⁵ S. P. Huntington, « Le choc des civilisations », Odile Jacob, poches, 2000, 545 p.

¹⁶ Cf. les « différentialistes » par exemple. Pour mémoire, ce mouvement de pensée aux ramifications très diverses, revient à considérer les différences pour réclamer une différence de traitement. V. notamment Ch. Taylor, « Multiculturalisme. Différence et démocratie », Champs, Flammarion, 2009, 144 p.

¹⁷ R. Libchaber, « Réflexions sur le désordre juridique français », in Mélanges offerts à A Decocq, Une certaine idée du droit, Litec, 2004, 620 p., p. 415.

¹⁸ Ces groupes se définissent en utilisant différents critères : le sexe (homme, femme), les relations sexuelles (homosexuelles), la religion (chrétien, musulman, sikhs,...), etc...

¹⁹ A. Supiot, « Homo juridicus », Seuil, 2005, p. 290.

²⁰ P. Adam, « Le masque aux trois visages (juridiques) du salarié », in « Les normes du travail : une affaire de personnes ? », sous la direction de J.-M. Tufféry-Andrieu et F. Laronze, Bruylant, 2016, 264 p., p. 109.

²¹ Article 1 de la Constitution du 4 octobre 1958, « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances ».

²² Article 1 de la déclaration de droits de l'homme : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. » et article 1 de notre Constitution précité.

²³ Le congé maternité pour les femmes par exemple, art. L. 1225-1 et s. du Code du travail.

²⁴ C. Taylor, « Multiculturalisme. Différence et démocratie », Flammarion, coll. Champs essais, 2009, 144 p.

²⁵ C. Taylor, préc. p. 41.

²⁶ C. Taylor, préc. p. 42.

reconnaissance devient dès lors « *un besoin humain vital* »²⁷. Cette analyse, se fonde d'une part, sur une approche inspirée de Kant de la dignité de l'individu²⁸, à savoir que tout être humain, par nature dispose d'une égale dignité. L'être humain disposerait d'une dignité et d'un droit au respect en tant qu'être rationnel, autonome, capable d'un libre choix. D'autre part, cette conception fait aussi référence à la pensée de Jean-Jacques Rousseau, qui prônait un idéal d'authenticité²⁹, et pour résumer, que chaque être humain doit être fidèle à sa propre manière d'être. Enfin, un lien peut être fait avec l'œuvre de Claude Lévi-Strauss sur la conception des autres cultures par notre monde occidental, et la conclusion que chaque culture a droit à une égale dignité et à un même respect³⁰. Evidemment, défendre le concept de politiques particulières en fonction des caractéristiques spécifiques des individus ou de groupes d'individus, notamment l'origine ou la religion est plutôt originale au vu de notre évolution historique. En effet, généralement, les législations de ce type étaient discriminantes³¹ et œuvraient pour une véritable ségrégation.

Ce mouvement se traduit juridiquement, comme le note R. Libchaber, par l'apparition d'un « *individualisme juridique forcené* »³², fondé sur le droit à la différence et une transformation des droits de l'homme, à l'origine plutôt de nature politique, en véritables droits subjectifs. En effet, face à ce phénomène, deux options se présentent. Il convient soit de considérer l'individu sans tenir compte de ses différences pour lui assurer un traitement impartial et égalitaire par l'Etat, soit il faut prendre en considération celles-ci car il s'agit d'un besoin vital de l'individu, mais aussi faciliter leur expression dans l'ensemble du champ social, y compris au sein de l'entreprise³³. Tout cela s'inscrit parallèlement au débat sur la notion même de responsabilité de l'entreprise quant à la largeur de son champ d'application³⁴. Certains auteurs demandent à l'entreprise de respecter la dignité de l'individu au travers de son travail, et confèrent un rôle spécifique au droit du travail. Celui-ci devrait « *garantir un travail librement choisi qui associe efficacement les personnes au développement de leur société, consacrer un travail qui donne les moyens de pourvoir aux nécessités de la famille et à la scolarisation des enfants* »³⁵, tout cela en laissant « *un temps suffisant pour soi-même* »³⁶. La conception de la responsabilité sociale de l'entreprise se voit très élargie. Elle est définie actuellement par l'Etat comme « *la manière dont les entreprises intègrent, sur une base volontaire, des préoccupations sociales,*

²⁷ C. Taylor, préc. p. 42.

²⁸ M. J. Sandel, « la défense des droits selon Kant », in « Justice », Albin Michel, 2016, 410 p., p. 156 et 160.

²⁹ C. Taylor, préc. p. 47 et p. 64.

³⁰ Cf. aussi C. Taylor, préc. p. 90.

³¹ Par exemple, le premier statut des juifs les excluant de la fonction publique et des fonctions industrielles et commerciales datant du 3 octobre 1940, le Concile de Latran du 11-30 novembre 1215 ordonnant qu'ils portent une marque distinctive (ainsi que les sarrasins d'ailleurs) et leur interdit toute fonction d'autorité et d'avoir des relations sociales et professionnelles avec les chrétiens, ; de façon plus lointaine, Louis XVI rendit aux protestants et aux non-catholiques de manière générale, la possibilité d'avoir un état-civil par l'édit de Versailles le 7 novembre 1787. Pour mémoire, cet édit faisait suite à l'Edit de Nantes du 13 avril 1598 signé par Henry IV donnant aux protestants la liberté de pratiquer leur religion, qui fut révoqué par l'Edit de Fontainebleau par Louis XIV le 18 octobre 1685.

³² R. Libchaber, préc. p. 415.

³³ Cf. notamment les réflexions menées sur la place de la personne au regard du droit du travail et cette question : « la norme du travail est- elle promulguée pour la personne ou la personne est- elle assujettie à la norme du travail ? », Fleur Laronge, Jeanne-Marie Tufféry-Andrieu, « Les normes du travail : une affaire de personnes ? », préc. préface, p. 17.

³⁴ P. Frémeaux, entretien avec G. Féron, « Il faut poser la question de savoir à qui appartient l'entreprise », Alternatives économiques, octobre 2016, n° 361, p. 77

³⁵ Fleur Laronge, Jeanne-Marie Tufféry-Andrieu, « Les normes du travail : une affaire de personnes ? », préc., préface p. 17.

³⁶ Fleur Laronge, Jeanne-Marie Tufféry-Andrieu, « Les normes du travail : une affaire de personnes ? », préc., préface p. 17.

environnementales et éthiques dans leurs activités économiques comme dans leurs interactions avec toutes les parties prenantes, qu'elles soient internes (dirigeants, salariés, actionnaires, etc.) ou externes (fournisseurs, clients, etc.) »³⁷. Cette conception se situe très loin de la vision libérale actuelle selon laquelle la seule responsabilité de l'entreprise serait d'augmenter ses profits³⁸.

La tension devient dès lors inévitable entre les deux facettes du même individu. Par le biais du marché, d'une concurrence accrue, le client sollicite de plus en plus l'entreprise sur le plan des performances sous toutes ses formes, quand le salarié revendique lui, non seulement une protection de ses libertés, mais aussi de son identité, alors que l'entreprise se voit attribuer une responsabilité sociale élargie, tout cela dans un contexte économique difficile, accompagné d'un taux de chômage élevé³⁹, conférant au salarié un caractère de faiblesse accrue dans son rapport de force avec son employeur. Les attentes de l'un se retrouvent en contradiction forte avec les intérêts de l'autre. Alors que le citoyen avait apporté au salarié davantage de droits au sein de l'entreprise, car « *il n'y a pas d'un côté le citoyen et de l'autre le travailleur* »⁴⁰, le pouvoir croissant donné au client par une concurrence accrue et un taux de chômage élevé va peut-être inverser ce phénomène, en contraignant l'entreprise à arbitrer entre ses propres exigences et les droits fondamentaux de ses salariés. Le libéralisme politique se verrait-il contraint par le libéralisme économique alors même que pour l'école libérale, et notamment M. Friedman, l'un ne va pas sans l'autre⁴¹ ? Le développement de l'économie de marché passerait-il par une remise en cause des libertés fondamentales des salariés ? Faut-il y voir un signe confirmant la position de G. Lipovetsky, selon lequel « *l'individualisme n'a plus de verrou et le marché montre sa toute-puissance* »⁴² ?

Pour bien comprendre les positions et notamment celle de l'école libérale actuelle, représentée par Milton Friedman, il faut considérer d'après ce dernier, que l'avantage principal du mécanisme de marché et de la libre concurrence, est qu'ils créent une véritable protection des acteurs les uns envers les autres. Ils protégeraient, le salarié, l'employeur, l'acheteur et le vendeur. Du fait de la présence de plusieurs vendeurs, le consommateur est protégé de l'éventuelle puissance d'un vendeur et « *l'employé est protégé contre la coercition du patron parce qu'il y a d'autres employeurs pour lesquels il peut travailler* »⁴³. Le marché diminue, par son fonctionnement, le champ d'intervention nécessaire de l'Etat car il règle de nombreuses questions, notamment celui de la discrimination. Selon les tenants de cette école, ceux qui refuseraient de travailler ou d'acheter des produits en raison de l'origine du salarié ou du vendeur, se verraient contraint de payer plus cher, et donc à terme, l'existence économique de ces acteurs serait menacée⁴⁴. Le marché serait donc régulateur au sens large y compris pour

³⁷ Service du Premier ministre, France Stratégie, « Responsabilité sociale des entreprises et compétitivité », étude publiée le 7 janvier 2016, <http://www.strategie.gouv.fr/publications/responsabilite-sociale-entreprises-competitivite>.

³⁸ M. Friedman, « La responsabilité sociale d'une entreprise est de maximiser son profit », the New York Time, 13 septembre 1970, <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html> et un commentaire et un commentaire de Gilles Saint Paul, « RSE : la grande confusion », Sociétal n° 78, p. 84, consultable sur http://www.institut-entreprise.fr/sites/default/files/article_de_revue/docs/documents_internes/societal-78-13-saintpaul-dossier.pdf.

³⁹ Il était de 10 % selon l'INSEE, au 31 décembre 2015.

⁴⁰ B. Bossu, « L'ascension du droit au respect de la vie personnelle », JCP S n° 26, 30 juin 2015, 1241.

⁴¹ M. Friedman, « Capitalisme et liberté », Flammarion, 2016, 318 p., p. 34.

⁴² G. Lipovetsky, « L'entretien », L'express, 7 janvier 2015, n° 3314, p.10.

⁴³ M. Friedman, « Capitalisme et liberté », Flammarion, 2016, p. 43.

⁴⁴ M. Friedman, préc., p.171 et voir aussi l'ouvrage de Cass. R. Sunstein, « Why markets don't stop discrimination », Oxford University Press, 1999, 416 p. Un récent rapport remis le 20 septembre 2016 au ministre du travail sur l'impact économique de la discrimination accrédite cette position. Il a été réalisé par un groupe de

certaines phénomènes sociaux. C'est le mauvais fonctionnement du marché qui générerait une discrimination. Pour être plus précis, l'école libérale considère que le fonctionnement du marché permet de différencier ce qui est efficace économiquement des caractéristiques non pertinentes⁴⁵. Dès lors, concernant un salarié, c'est l'efficacité économique de l'individu, sa productivité, qui va primer ou finir par primer sur toute autre considération. Le client ne connaît pas et ne se préoccupe pas des opinions politiques, religieuses des salariés qui fabriquent le pain qu'il achète. Seule l'efficacité économique du processus l'intéresse. La recherche de productivité permet de protéger contre toute discrimination⁴⁶. Si un employeur en venait à tenir compte d'autres caractéristiques, il mettrait son entreprise en position concurrentielle désavantageuse⁴⁷ face à d'autres qui ne pratiqueraient pas cette distinction, entraînant à terme la disparition de l'entreprise.⁴⁸ Concernant les règles sanctionnant la discrimination, l'école libérale considère qu'elles sont inopérantes. M. Friedman nous explique que si une épicerie était contrainte d'embaucher un salarié noir par contrainte légale, alors que ses clients préféreraient un salarié blanc, cela entraînerait une baisse du chiffre d'affaires, voire éventuellement une disparition de l'entreprise dans le cas d'une pression sociale forte⁴⁹. Le consommateur préférera payer peut-être plus cher, pour pouvoir acheter dans des conditions qui lui conviennent. Pour l'école libérale, la solution viable réside dans le fait d'éduquer, de convaincre, de lutter contre les stéréotypes plutôt que de contraindre une entreprise à réaliser un choix économique sans lien avec l'efficacité économique. Ainsi, si les goûts des clients étaient d'avoir affaire à des salariés blancs, il conviendra non pas d'interdire à l'entreprise de satisfaire cette demande mais bien de convaincre les clients de l'erreur générée par leurs stéréotypes⁵⁰. Le concept de liberté est l'un des éléments clefs de cette école de pensée et le marché, l'instrument le plus approprié pour protéger les différents acteurs, y compris les salariés contre des abus de la part de leur employeur.

Pour en revenir à l'entreprise, il s'agit d'une communauté de salariés et d'un dirigeant, tous deux parfois associés, actionnaires au service de celle-ci, et elle doit effectuer un arbitrage entre les intérêts en présence pour assurer à la fois sa survie en répondant aux contraintes imposées par ses clients, tout en préservant le plus possible les intérêts de ses membres, notamment de ses salariés⁵¹. L'intérêt de l'entreprise est d'ailleurs utilisé par le juge afin d'estimer la régularité des décisions prises par l'employeur dans de nombreuses circonstances, et comme le note fort justement B. Teyssié, il permet aussi de sortir d'une vision sombre de l'entreprise comme étant seulement un lieu d'affrontement d'intérêts divergents⁵². Comme dans toute collectivité, l'individu qui souhaite l'intégrer, doit renoncer à l'exercice total ou partiel de certains droits ou libertés au profit du bon fonctionnement de celle-ci. Mais jusqu'où cette renonciation peut-elle et doit-elle aller ? Sur quelles libertés et dans quelle mesure, jusqu'à quel degré, l'entreprise

réflexion, France Stratégie et il estime à une hausse de 0,3 point de croissance du PIB par an les effets positifs d'une lutte à l'encontre de la discrimination, cf. notamment, A. Tonnelier, « Les discriminations pèsent sur la croissance », *Le Monde*, 21 septembre 2016, supplément économie, p. 5.

⁴⁵ M. Friedman, préc., p. 170.

⁴⁶ M. Friedman, préc. p. 51.

⁴⁷ M. Friedman, préc. p. 171.

⁴⁸ Cette position est corroborée dans certains cas, dès lors que le marché de l'emploi est réellement concurrentiel ; cf. J.-P. Robin, « Les discriminations raciales solubles dans la concurrence économique », *Le Figaro*, 21 novembre 2016, p. 33, à propos de l'intégration des populations d'origine asiatique en Californie, et de l'étude de N. Hilger, « La mobilité vers le haut et les discriminations : le cas des Américains asiatiques ».

⁴⁹ M. Friedman, préc. p. 173.

⁵⁰ M. Friedman, préc., p. 172.

⁵¹ Sur les débats relatifs à la définition de l'entreprise, N. Moizard, « La prévalence de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel », in « Les normes du travail : une affaire de personnes ? », sous la direction de J.-M. Tufféry-Andrieu et F. Laronge, Bruylant, 2016, 264 p., p. 181.

⁵² Cf. B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects du droit du travail », *D.* 2004, p. 1680.

peut-elle imposer à ses membres un renoncement dans l'exercice de leurs droits et libertés, notamment fondamentales pour répondre aux besoins, voire aux désirs du client, objets de toutes les attentions ? le fonctionnement du marché en période de chômage élevé, et de croissance économique faible peut-il se retourner à l'encontre des salariés et les exposer à des restrictions accrues de leurs droits fondamentaux ?

L'une des fonctions essentielles du droit est la protection de l'être humain face à des phénomènes d'asservissement quelles que soient leurs origines, y compris lorsqu'ils proviennent d'exigences issues de la production⁵³. Mais le droit demeure aussi la transposition progressive du sens et des valeurs que la société veut donner à son propre fonctionnement. La question du rapport salarié-client s'inscrit aussi plus globalement, dans un débat sur l'intrication de l'économie et du droit, de l'influence de la doctrine *Law and Economics*⁵⁴ sur notre droit du travail. Selon celle-ci, de manière synthétique, ce dernier devrait s'évaluer prioritairement par son efficacité économique et non par sa capacité à organiser des rapports sociaux au sein de l'entreprise de manière équilibrée. L'idée sous-jacente est que le marché reste le meilleur régulateur. Les droits des salariés devraient dès lors être revus sur l'autel de l'efficacité économique et celle-ci serait le critère permettant de choisir s'il faut restreindre l'expression de certaines libertés par le salarié. La satisfaction du client, le développement de l'entreprise deviendrait le critère d'évaluation du bien-fondé des décisions, alors qu'actuellement la notion d'intérêt de l'entreprise⁵⁵ inclue l'intérêt des salariés.

Le juge va donc être saisi de la question de l'ampleur des restrictions que l'entreprise peut apporter aux droits et libertés de ses salariés au regard des exigences du client, du marché et face à des droits ou libertés de niveaux équivalents dans la hiérarchie des normes. Il est amené à passer de la confrontation à la conciliation de ces intérêts, à rechercher un juste équilibre selon la formule consacrée dans la décision Eweida⁵⁶. La tâche est d'autant plus complexe qu'imposer un devoir de résistance aux entreprises face aux stéréotypes pourraient les mettre en difficulté, comme d'ailleurs M. Friedman le postule⁵⁷. Toutefois, si l'on considère que le salarié est « *l'agent économique le plus faible* »⁵⁸, il serait injuste de lui laisser supporter les stéréotypes circulant dans notre société au travers du « *ressenti de la clientèle*⁵⁹ ». L'entreprise serait-elle condamnée à accepter les exigences, voire les préjugés de ses clients ? Faut-il faire prévaloir « *les lois économiques de la concurrence sur l'égalité dignité des personnes humaines* »⁶⁰ ? Enfin, faut-il se contenter du risque pour l'entreprise ou bien au contraire, exiger de l'entreprise qu'elle démontre « *des manifestations concrètes d'une certaine intensité* »⁶¹. Selon J.-C. Moreau⁶², il y aurait d'une part les exigences légitimes de la clientèle « *quant à la nature et à la qualité de la prestation* » et d'autre part des demandes arbitraires

⁵³ Selon A. Supiot, le Droit est « technique d'humanisation de la technique », « Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du droit », Edition du Seuil, 2005, 333 p., p. 184.

⁵⁴ Cf. G. Bargain, « Normativité économique et droit du travail », LGDJ, 2014, 535 p. ; L. Vogel, « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », in R. Libchaber, Mélanges offerts à A. Decocq, Une certaine idée du droit, Litec, 2004, 620 p., p. 605.

⁵⁵ Cf. B. Teyssié, « L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail », D. 2004, p. 1680.

⁵⁶ CEDH, Eweida et autres c. Royaume-Uni, req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, 15 janvier 2013.

⁵⁷ Préc., p. 173.

⁵⁸ J.-C. Moreau, « Les femmes voilées face au « client roi ». Libres propos sur une jurisprudence anachronique », 8 septembre 2015, <https://blogs.mediapart.fr/jean-christophe-moreau/blog>.

⁵⁹ J. Huglo, « Le ressenti de la clientèle et la discrimination en raison des convictions religieuses », extraits du rapport, Cour de cassation, chambre sociale, 9 avril 2015, n° 13-19.855, Semaine Sociale Lamy, 2015.1672.

⁶⁰ J. Savatier, « Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique », Dr. soc., 2004, p. 354.

⁶¹ Ch. Mathieu, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », Revue de droit du travail, janvier 2012, p. 17.

⁶² Préc.

relatives « à la personne même du salarié »⁶³. Ces dernières ne devraient pas être traitées par l'entreprise, qui d'ailleurs devraient se retourner contre leurs clients comme l'affirme cet auteur⁶⁴ notamment par le biais de l'article 225-1 et 225-2 du code pénal qui répriment la discrimination entre personnes physiques ou entre personnes morales⁶⁵. Et il faudrait considérer la légitimité de l'objectif économique de l'entreprise comme faisant « écran à l'illicéité de l'intention de la clientèle »⁶⁶. La victime de discrimination se verrait dès lors privée de recours en raison d'une « immunité économique »⁶⁷. Il est bien sûr, illusoire hormis des cas réellement spécifiques, de demander à une entreprise d'attaquer ses propres clients pour discrimination, car sans même envisager la difficulté de la preuve, cela aurait bien évidemment, pour conséquence de générer un sentiment de rupture de confiance, de méfiance, au sein de la clientèle restante, qui se détournerait rapidement de l'entreprise qui souhaiterait lui imposer un diktat intellectuel sous peine de sanctions juridiques. Aucun client ne se présenterait sous cette contrainte. Comme le fait remarquer M. Friedman, il y a ici un risque de totalitarisme. En effet, selon cet auteur, personne ne voit rien à redire à préférer un chanteur plutôt qu'un autre et à payer un prix élevé pour cela et nul n'évoque la discrimination. En revanche, cela devient discriminatoire à nos yeux, dès lors que ce goût est fondé sur un motif religieux ou d'origine ethnique, voire d'appartenance sexuelle. Même si toutes les préférences des clients ne peuvent se situer sur un même plan, dans une société libérale, il convient non pas d'utiliser la coercition pour imposer la pensée estimée être la meilleure, mais bien de convaincre ou d'éduquer⁶⁸. Enfin, cela revient à accroître la responsabilité de l'employeur, qui dès lors doit se substituer aux pouvoirs publics, en « éduquant » ses clients, ce qui, économiquement, va augmenter ses contraintes dans un monde soumis à une concurrence mondialisée. Les attributions de l'Etat sont ici à redéfinir. Au travers de cette vision de l'entreprise à la responsabilité socialement très

⁶³ J.-C. Moreau, préc.

⁶⁴ Préc. et C. Wolmark, « Le foulard dans l'entreprise. La CJUE invitée dans le débat », Dr. soc., 201, p. 648 cité par J.-C. Moreau.

⁶⁵ Art. 225-1 « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des moeurs, de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales. »

Article 225-2 : « La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;

3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. »

⁶⁶ J.-C. Moreau, préc.

⁶⁷ J.-C. Moreau préc.

⁶⁸ M. Friedman, préc. p. 172.

étendue, se distingue une conception de l'entreprise, acteur économique puissant, doté de pouvoirs étendus, et pouvant se substituer à l'Etat dans de nombreux domaines. Le Conseiller auprès de la Chambre sociale de la Cour de cassation Jean Huglo, ne s'y est d'ailleurs pas trompé en ne prônant pas cette solution⁶⁹ lorsqu'il considère dans son rapport sur une question préjudicielle posée à la CJUE relative à ce sujet, qu'il faut admettre que l'employeur, pour véhiculer une image de marque peut imposer une tenue vestimentaire homogène, et qu'il faut aussi lui reconnaître le droit d'éviter les troubles que pourraient créer au sein de son entreprise le port de signes religieux. Il s'agit d'aspects principaux de la liberté d'entreprendre.

Toutefois, en tout salarié sommeille bien évidemment un citoyen⁷⁰, qui souhaite conserver l'exercice de ses droits les plus essentiels, par lesquels il peut exprimer son identité profonde et ses valeurs. Cette reconnaissance du salarié-citoyen est le fruit d'une longue évolution, dont le tournant fut probablement l'arrêt Peintures Corona du 1^{er} février 1980 annulant une disposition d'un règlement intérieur en raison de l'atteinte portée aux droits de la personne⁷¹, puis les lois Auroux de 1982⁷², et il n'est plus contesté désormais que le salarié puisse exprimer sa citoyenneté au sein de l'entreprise. Face à cela, l'entreprise, peut-elle tolérer le risque de la perte d'une clientèle dont le coût d'acquisition est souvent très élevé⁷³ en raison des opinions affichées ostensiblement ou exprimées par ses salariés, pouvant éventuellement choquer ou déstabiliser ses clients ou prospects ?

Pour avancer dans notre propos, il convient dès lors préalablement de définir le concept de liberté. Celle-ci est décrite par le dictionnaire « Robert », comme « *l'état de ce qui ne subit pas de contrainte, c'est-à-dire la possibilité d'agir sans contrainte* ». Au sein d'une société structurée, la liberté se conçoit comme « *le pouvoir d'agir, (...), selon sa propre détermination, dans la limite des règles définies* ». ⁷⁴ Les droits se distinguent des libertés. Ces derniers sont définis toujours par le dictionnaire « Robert » comme « *ce qui est permis dans une collectivité humaine* », « *un pouvoir, une qualité, une autorisation ou une permission* » ⁷⁵. Il faut ensuite différencier les libertés publiques des libertés fondamentales. Au sein de ces dernières, une distinction est opérée entre les libertés fondamentales dites de « *première génération* », instituées par la Déclaration de 1789, et d'inspiration libérale, et les suivantes créées par les textes ultérieurs. Ces premiers textes établissaient un rempart autour du citoyen à l'encontre des pouvoirs de l'Etat et confère à la Loi un pouvoir central, en tant qu'expression de la volonté générale⁷⁶. Cette Déclaration pose des principes, et les textes suivront vont créer des obligations plus concrètes à l'encontre de l'Etat⁷⁷. Ces libertés disposent de nombreux fondements textuels tant internationaux que nationaux.

Au niveau international, les textes relatifs aux libertés se sont multipliés après la seconde guerre mondiale. Le 10 décembre 1948, les 58 états membres de l'ONU adoptent la Déclaration

⁶⁹ J. Huglo, préc.

⁷⁰ B. Bossu, préc.

⁷¹ CE, 1^{er} février 1980, n° 06361, Dr. soc. 1980, p. 317, concl. A. Bacquet.

⁷² Cf. P. Bèfre, « La liberté d'expression des salariés », Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2013, 424 p., p. 28.

⁷³ Il serait par exemple de 500 euros par client dans le domaine de l'assurance (Cf. F. Rault, responsable commercial du département assurance, société Prosodie – Cap Gemini, « Loi Hamon, risques et opportunités pour le secteur de l'assurance », 17 mars 2015, <http://www.prosodie.com/fr/loi-hamon-risques-et-opportunités/>).

⁷⁴ Cf. H. Oberdorff, « Droits de l'Homme et libertés fondamentales », 4^{ème} éd., LGDJ, 2013, 554 p, p. 39.

⁷⁵ Cf. H. Oberdorff, préc., p. 39.

⁷⁶ Article 6 de la Déclaration, « La Loi est l'expression de la volonté générale ».

⁷⁷ L'article 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». L'article 7 quant à lui énonce « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ».

universelle des droits de l'homme, à Paris, au Palais de Chaillot⁷⁸. L'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, relevant de l'Organisation des Nations-Unies du 16 décembre 1966 consacre la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il précise que tout citoyen dispose de la liberté d'adopter une religion de son choix et la liberté de manifester celle-ci, individuellement ou collectivement, en privé ou en public. La liberté de manifester sa religion ne peut faire l'objet que de restrictions prévues par la loi, nécessaires à la sécurité, maintien de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui. L'article 19 est consacré à la liberté d'expression. Un principe de non-discrimination concernant notamment la religion est énoncé dans l'article 26.

D'autres textes ne consacrent pas de liberté mais sanctionnent les atteintes à celles-ci dans le cadre des discriminations. Ainsi parmi les conventions conclues au sein de l'Organisation Internationale du travail qui ont vocation à s'appliquer en France⁷⁹, la convention n° 111 dans son article 1 fait référence à « *toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale* » ainsi que « *toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* ». Cette notion de discrimination est aussi reprise par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par l'Assemblée générale de l'Onu le 21 décembre 1965, signée le 7 mars 1966, le Pacte internationale sur les droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale de l'Onu le 16 décembre 1966⁸⁰, qui dans son article 2 prohibe toute forme de discrimination pratiquée par les Etats au regard des droits reconnus dans le Pacte.

Au niveau européen, de nombreuses libertés sont prévues par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés européennes du 4 novembre 1950, adoptée par le Conseil de l'Europe, et reconnue par la France⁸¹. L'article 9 énonce quant à lui que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.* » L'article 10 garantit la liberté d'expression, avec des limitations strictement encadrées. L'article 11, protège la liberté de réunion et d'association et l'article 14, l'interdiction de toute discrimination basée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions, l'origine, etc...

Enfin, la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, traite dans son premier chapitre la dignité, puis dans un second la liberté et un troisième portant sur l'égalité⁸². L'article 6 précise que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ; l'article 7 que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. L'article 10

⁷⁸ Résolution 217 A (III). Pour célébrer son adoption, la Journée des droits de l'homme est fêtée chaque année le 10 décembre.

⁷⁹ Cf. CE, 9 octobre 1996, n° 167.511, Union CGT des affaires sociales, Dr. Soc. 1997, p. 207, note X. Prétot ; CE, 11 janvier 2002, n° 225. 597, Union nationale des affaires sociales CGT, Dr. Soc. 2002, p. 428, concl. E. Mignon ; Cass. Soc. 29 mars 2006, n° 04-46.499, Bull. V, n° 131 ; Cass. soc. 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124, Bull. V, n° 146 ; Cass. soc. 4 juin 2009, n° 08-41.359, Bull. V, n° 146.

⁸⁰ Pour mémoire, l'article 2, §1 prévoit que « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

⁸¹ Cass. soc. 3 juillet 2001, n° 99-42.735, Bull. n° 247 ; 19 décembre 2003, n° 02-41.429 Bull. V, n° 321 ; 13 juin 2007, n° 05-45-694, Bull. V, n° 99 ; 23 septembre 2009, n° 08-40.434, Bull. n° 190 ; 23 mai 2012, n° 10-23.521, Bull. V, n° 156 ; 6 février 2013, n° 11-11.740, Bull. V, n° 27.

⁸² Il y a 7 chapitres en tout, et 54 articles, en plus d'un préambule.

consacre la liberté de conscience, de pensée et de religion, ainsi que la liberté de manifester sa religion en public ou en privé. L'article 11 garantit la liberté d'expression, l'article 12 protège la liberté de réunion et d'association. L'article 15 dispose que « *toute personne a le droit de travailler* ». L'article 16 reconnaît la liberté d'entreprise. L'article 21 interdit toute discrimination fondée sur « *le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.* »

Au niveau national, ces libertés se retrouvent bien sûr dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, mais aussi dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ces textes étant repris par notre Constitution actuelle⁸³. La Cour de cassation effectue une qualification de liberté fondamentale au cas par cas. Le libre choix du domicile en fait partie⁸⁴, ainsi que le droit d'agir en justice⁸⁵, le secret de la correspondance⁸⁶, du droit à la santé et au repos⁸⁷, ainsi que le droit au respect de la vie privée édicté par l'article du Code civil⁸⁸ la liberté d'expression, la liberté du travail⁸⁹. Au-delà de la liberté de conscience et celle de manifester sa foi déjà citées, le salarié dispose librement du choix de son conjoint au sein de l'entreprise⁹⁰. En revanche, la liberté vestimentaire n'en fait pas partie⁹¹.

La distinction est d'importance, car la sanction de la violation de l'une de ces libertés est la nullité de la mesure prise, généralement un licenciement, y compris en l'absence de dispositions spécifiques à ce sujet⁹². En outre, la preuve obtenue en violation d'une liberté individuelle est inopposable⁹³. La clause du règlement intérieur intégrant cette violation peut être écartée par le juge judiciaire ou annulée par le juge administratif. En cas de licenciement, celui-ci sera considéré comme abusif et sans cause réelle et sérieuse s'il repose sur une atteinte à une liberté

⁸³ Son préambule dispose que « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. »

⁸⁴ Cass. soc. 28 mars 2006, n° 04-41.016, "Une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile". C'est dans l'arrêt Spileers du 12 janvier 1999 n° 96.-40.755 que la Cour de cassation en a posé le principe (Bull. civ. V, n° 7) ; "En application de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une restriction au libre choix du domicile personnel et familial par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché".

⁸⁵ Cass. soc. 6 février 2013, n° 11-11.740, P+B+R, à propos de la rupture du contrat d'un salarié en représailles d'une action en justice.

⁸⁶ Cass. soc. 2 octobre 2001, n° 88-2.

⁸⁷ Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, à propos du contentieux relatif au forfait jours.

⁸⁸ Cf. Conseil const. 23 juillet 1999, n° 99-416, DC, JO 28 juillet 1999.

⁸⁹ Cass. soc. 18 décembre 1997, n° 95-43.409, Dr. soc. 1998, p. 194, note J. Savatier ; Cass. soc. 22 mars 2000, n° 97-45.872 ; Cass. soc. 19 janvier 1994, n° 89-44.450 ; Cass. soc. 8 février 2005, n° 02-45.089 ; pour une tentative de définition, G. Lyon-Caen, « La liberté du travail et le droit français du travail », in La liberté du travail, congrès et colloques de l'Université de Liège, vol. 53, université de Liège, 1969, p. 21 et 22.

⁹⁰ Cass. soc. 10 juin 1982, n° 80-40.929, Bull. civ. V, n° 392.

⁹¹ Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40273 : Bull. civ., V, n° 178 ; Dr. soc. 2003, p. 808, obs. P. Waquet.

⁹² Cass. soc. 13 mars 2001, n° 99-45.735 et Cass. Soc. 28 mai 2003 n° 02-43.691 préc ; Gérard Couturier, « Les nullités du licenciement », Droit social 1997, p. 227.

⁹³ Cass. soc. 11 février 2009 n° 07-42.068, à propos de la fouille d'un sac sans information de la salariée sur son droit de refus ; Cass. soc. 4 juillet 2012, n° 11-30.266 sur des procédés opérés par la Poste pour découvrir des salariés indélébiles ; Cass. soc. 23 mai 2012, n° 10-23.521 à propos de l'utilisation d'enregistrements effectués par une salariée sur son propre dictaphone.

individuelle considérée comme non fondamentale⁹⁴, alors qu'il est considéré comme nul dans le cas contraire⁹⁵.

La liberté d'entreprise⁹⁶ est, quant à elle, prévue non seulement dans le décret d'Allarde (loi des 2-17 mars 1791⁹⁷), ainsi que par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme⁹⁸ et l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle ne peut être limitée que par des mesures législatives⁹⁹. Elle comprend notamment un pouvoir de direction¹⁰⁰, un pouvoir de gestion économique et de gestion de ses ressources humaines¹⁰¹. Ce pouvoir de direction s'exerce pour l'organisation de son personnel, et le Conseil constitutionnel a clairement reconnu que « *De la liberté d'entreprendre résulte pour le chef d'entreprise le droit de choisir ses collaborateurs* »¹⁰². Bien évidemment, cela implique une liberté de recrutement mais aussi dans la décision de rupture du contrat, dès lors que les conditions légales sont respectées. La Cour de cassation reconnaît au dirigeant de manière générale le pouvoir de « *contrôler et surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail* »¹⁰³.

Le pouvoir de direction conféré à l'employeur, va lui permettre d'imposer aux salariés des modalités de travail afin d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise et la satisfaction des exigences de ses clients. Dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail, le salarié devra renoncer non pas à ses libertés fondamentales, ce qui en l'occurrence serait hors de portée, mais plutôt limiter l'exercice de celles-ci, ne serait-ce qu'au regard des lois, au sens formel, qui les encadrent. Il disposera ainsi toujours de la possibilité de faire grève, ou de s'exprimer au sein de l'entreprise, mais devra exercer ses libertés selon les conditions imposées par notre système normatif. Plusieurs textes restreignent toutefois les pouvoirs de l'employeur. L'article L. 1121-1 du Code du travail prévoit que les restrictions doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Le nouvel article 1321-2-1 du Code introduit par la loi du 8 août 2016¹⁰⁴ prévoit que le règlement intérieur peut en effet imposer aux salariés une restriction de la manifestation de leurs convictions notamment politiques et religieuses à condition que cette restriction soit justifiée par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et soit proportionnée au but recherché.

⁹⁴ Cf. par exemple Cass. soc. 28 mars 2006 n° 04-41.016 et Cass. soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273.

⁹⁵ Cass. soc. 6 février 2013, n° 11-11.740.

⁹⁶ Sur la liberté d'entreprendre, Cf. « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salariés », préc. p. 28 et s. ; Cf. A. Roblot-Troizier, « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre : panorama de quelques décisions récentes », RFDA 2014.596 ; G. Drago, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », CRDF n° 9, 2011, p. 31 s. Pour L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bâcher », D. 2014. 1287, la liberté d'entreprendre « n'est rien d'autre que faire un usage particulier de la liberté individuelle ».

⁹⁷ « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Le décret qui est une loi a supprimé les corporations, ces dernières organisaient à l'échelle de chaque ville les professions artisanales et permettant de s'installer à son compte. Cette loi instaure à la fois la liberté d'entreprendre mais aussi un principe de libre concurrence. Paradoxalement, elle interdit de facto les associations.

⁹⁸ Cf. A. Roblot-Troizier préc.

⁹⁹ Cons. const., 8 janvier 1991, n°90-283 DC ; 16 janvier 1991, n° 90-284 DC ; 10 juin 1998, n° 98-401 DC.

¹⁰⁰ Cf. Ph. Waquet, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », Dr. Soc. 2000, p. 1051.

¹⁰¹ Cf. en ce sens P. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salariés », préc., p. 28.

¹⁰² Cons. const. 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, consid. 22.

¹⁰³ Cass. soc. 4 juillet 2012, n° 11-30.266, Bull. V, n° 208.

¹⁰⁴ Loi n° 2016-1088, article 2.

L'article L.1132-1 sanctionne toute action discriminatoire de l'employeur fondée sur un des motifs énoncés par le texte¹⁰⁵. Ces dispositions se retrouvent en écho au sein de l'article L. 1321-3, §3 du Code du travail qui interdit l'insertion au sein du règlement intérieur de toute disposition « *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 «ou identité» 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* ».

L'employeur peut être amené à imposer des restrictions dans plusieurs hypothèses. D'une part, en matière d'hygiène et de sécurité, le port de vêtements de protection se justifie pleinement par l'obligation de résultat à laquelle est soumis l'employeur dans ce domaine. D'autre part, des contraintes se justifient par le fonctionnement, l'organisation de l'entreprise. Il est nécessaire de prévoir des horaires, des procédures pour effectuer le travail. Enfin, certaines contraintes émanent du client lui-même, de façon directe, par une demande expressément formulée ou indirecte, par l'obligation de lui complaire, de le séduire et de ne surtout pas le détourner de l'entreprise ou de ses produits. La protection de l'image de marque est une priorité absolue pour l'entreprise à une époque de communication immédiate et très large. La sanction pourra être fondée sur un motif disciplinaire en cas de non-respect d'une obligation contractuelle ou sur l'existence d'un trouble objectif causé à l'entreprise par le comportement du salarié, relevant dès lors d'un motif non-disciplinaire.

Il devient dès lors intéressant d'examiner la latitude que laisse notre jurisprudence à l'employeur pour à la fois conserver sa clientèle, sans laquelle l'entreprise n'existe plus et protéger l'exercice des libertés du salarié, notamment ses libertés fondamentales. L'interférence du client rajoute ici un critère supplémentaire de difficulté pour trouver un juste compromis, puisque deux relations contractuelles se superposent : le contrat commercial de vente et le contrat de travail, l'entreprise se situant dans les deux champs.

Plusieurs libertés vont être plus particulièrement concernées dans ce dialogue à trois :

- La liberté de conclure un contrat de travail et celui de le rompre. Le client peut vouloir imposer à l'employeur un salarié ou au contraire, le contraindre à rompre la relation de travail. La liberté du travail est ici en cause.
- La liberté vestimentaire, notamment dans sa dimension religieuse. L'employeur va souhaiter d'une part donner une image de marque homogène, et d'autre part éviter que les clients confondent les opinions religieuses de ses salariés avec la société elle-même.
- La liberté d'expression du salarié. L'employeur va vouloir limiter la possibilité pour un salarié de porter atteinte à l'image de l'entreprise par des propos déplacés.

Une illustration de cette problématique est illustrée par la question relative au port du voile pendant le temps de travail. Les positions en Europe divergent fortement d'un état à l'autre avec un objectif commun, celui de permettre aux citoyens de confessions différentes, voire athées,

¹⁰⁵ « En raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

de vivre ensemble. La Belgique et la France, ont une approche du concept de laïcité fondée davantage sur l'interdiction, notamment pour le vêtement religieux au sein des services publics, contrairement à l'Allemagne, qui est beaucoup plus permissive pour la manifestation religieuse. La Cour constitutionnelle allemande interprète le principe de neutralité comme ne devant pas être compris « *dans le sens d'une séparation stricte de l'Église et de l'État, mais dans le sens d'une position ouverte et globale, favorisant de la même manière la liberté de religion de toutes les croyances* »¹⁰⁶.

Si l'on prend la situation des agents publics, tant la France que la Belgique ont donc interdit à leurs agents du secteur public en vertu d'un principe de neutralité et de laïcité, de porter des signes religieux au travail¹⁰⁷. Il n'existe en revanche aucune législation spécifique dans de nombreux pays, notamment le Danemark, les Pays-Bas, le Royaume-Uni¹⁰⁸. La Cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré que c'est uniquement dans le cas où l'apparence extérieure des enseignants peut engendrer ou contribuer à engendrer un risque suffisamment précis d'atteinte à la neutralité de l'État ou à la coexistence pacifique au sein du système scolaire qu'une interdiction de porter des signes religieux au travail peut être justifiée, dans le secteur de l'enseignement public, et que le port de tout objet ou vêtement religieux par les agents du service public considérés ou étant considérés comme obligatoire, est a priori compatible avec l'impératif de neutralité de l'État¹⁰⁹.

Concernant les salariés relevant du secteur privé, les positions sont tout aussi divergentes. Ainsi, l'Institut des droits de l'homme¹¹⁰ des Pays-Bas a posé le principe qu'une règle d'interdiction du port des signes religieux constitue une discrimination directe¹¹¹. Toutefois, les juges néerlandais acceptent que la priorité de l'image professionnelle et de marque de l'entreprise en édictant un code vestimentaire soit donnée sur l'expression religieuse¹¹². En Allemagne, un salarié peut se voir interdire le port de signes religieux par application d'une directive de l'employeur ou d'une convention collective sous réserve que cela l'empêche d'accomplir son travail, causant ainsi un préjudice à son employeur¹¹³. En Belgique, la Cour du travail de Bruxelles, a jugé qu'un employeur pouvait se fonder sur la protection de l'image de son entreprise pour licencier une vendeuse, porteuse d'un foulard¹¹⁴. Toutefois, la Cour de cassation belge vient de déposer une question préjudicielle à la CJUE par arrêt du 9 mars 2015¹¹⁵ sur le

¹⁰⁶ Arrêt de la Seconde Chambre du 24 septembre 2003. 2 BvR 1436/02.

¹⁰⁷ Pour la Belgique, cf. l'arrêté royal du 14 juin 2007, modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant statut des agents de l'État, article 8 et pour la France, la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, et aussi : Conseil d'État, avis n° 217017 du 3 mai 2000, M^{lle} Marteaux ; Cass. soc. 19 mars 2013, Mme X c./ CPAM de Seine-Saint Denis.

¹⁰⁸ E. Sharpston, concl., Asma Bougnaoui, ADDH c./ Micropole SA, C-188/15, présentée le 13 juillet 2016, § 39.

¹⁰⁹ Arrêt du 27 janvier 2015, 1 BvR 471/10 et 1 BvR 1181/10.

¹¹⁰ Collège voor de Rechten.

¹¹¹ Décision du 18 décembre 2015, n° 2015-145, « Oordeel ». Ces décisions n'ont pas de valeur contraignante, mais sont revêtues d'une véritable autorité et généralement suivies par les juridictions nationales.

¹¹² Cf. l'analyse de la Commissie Gelijke Behandeling (commission pour l'égalité de traitement) en matière de règles relatives aux uniformes de police et à la « neutralité de mode de vie » (CGB-Advies/2007/08).

¹¹³ La Cour fédérale du travail a jugé dans une décision du 10 octobre 2002 (2 AZR 472/01) que le licenciement d'une vendeuse d'un grand magasin, fondé sur son refus d'ôter son foulard, ne pouvait pas être justifié par les motifs que prévoit la loi sur la protection contre le licenciement abusif parce qu'elle n'était pas dans l'impossibilité d'accomplir son travail en tant que vendeuse et que son comportement ne causait pas de préjudice à son employeur. Cf. aussi pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, arrêt du 27 janvier 2015, 1 BvR 471/10, DE:BVerfG:2015:rs20150127.1bvr047110, points 83 à 87.

¹¹⁴ 15 janvier 2008, Journal des tribunaux du travail, n° 2008/9, p. 140.

¹¹⁵ Samira Achbita Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding Contre G4S Secure Solutions NV, n° C-157/15, concl. Mme Julianne Kokotte présentées le 31 mai 2016.

droit pour un employeur de licencier une salariée qui refuserait d'enlever son foulard¹¹⁶. Au Danemark, la Cour suprême a posé le principe selon lequel un employeur peut imposer des règles vestimentaires en relation avec l'image de marque de l'entreprise, interdisant le port du foulard, pourvu que celles-ci s'appliquent à l'ensemble du personnel¹¹⁷.

Si l'on observe les pays d'Amérique du nord, ils rencontrent des questions analogues. Leur jurisprudence est fondée sur la nécessité d'aménagements raisonnables. Au Canada, la Cour suprême¹¹⁸ a ainsi infirmé un jugement interdisant le port du Kirpan pour un élève de 12 ans, poignard à forte connotation religieuse pour les sikhs¹¹⁹, dans les écoles, contrairement aux armes blanches strictement interdites¹²⁰. Les juges ont considéré qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes d'une atteinte à la sécurité pour restreindre la liberté religieuse. L'accommodement raisonnable consisterait à placer le poignard dans un fourreau cousu et caché sous les vêtements. Elle reconnaît que « *Le kirpan, présente incontestablement les caractéristiques d'une arme blanche, capable de blesser ou de tuer une personne.* ». Toutefois, elle fait prévaloir sa dimension de symbole religieux. Son interdiction selon les juges, « *envoie aux élèves le message que certaines religions ne méritent pas la même protection que d'autres.* ».

Quant aux Etats-Unis, la Cour suprême vient de rendre une décision relative au port du voile dans l'entreprise¹²¹. Dans cette affaire, une mineure de 17 ans, qui portait un foulard pour motif religieux avait postulé comme vendeuse dans la société de prêt-à-porter, Abercrombie, renommée pour l'esthétique de ses vendeurs. Elle se présentera à l'entretien avec un foulard noir. Et obtiendra une évaluation favorable pour être recrutée. Toutefois, le code vestimentaire de l'entreprise interdisait les vêtements noirs et les casquettes non conformes au style vestimentaire du magasin, ce qui empêcha son recrutement définitif. Elle porta plainte contre la société Abercrombie pour discrimination religieuse et obtint gain de cause. La Cour a affirmé que « *pour faire reconnaître la qualification de discrimination directe fondée sur la religion, une candidate au recrutement doit simplement montrer que le besoin d'aménagements raisonnables était un des facteurs motivant le refus de recrutement et elle n'a pas à montrer qu'elle a informé préalablement son employeur de la nécessité de cet aménagement en raison du voile* ».

En France, la question vient d'être posée par la Cour de cassation, dans une décision du 9 juillet 2015¹²² à la CJUE. Dans cette affaire, une ingénieure, déléguée par son employeur auprès d'une entreprise, a été licenciée en raison de remarques des salariés du client relatives au port du voile.

¹¹⁶ La question est la suivante : « L'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard en tant que musulmane sur le lieu de travail ne constitue pas une discrimination directe lorsque la règle en vigueur chez l'employeur interdit à tous les travailleurs de porter sur le lieu de travail des signes extérieurs de convictions politiques, philosophiques ou religieuses? ».

¹¹⁷ Højesteret, 21 janvier 2005, Ufr.2005.1265H.

¹¹⁸ 2 mars 2006, Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, 1 RCS 256, 2006 CSC 6, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/15/index.do>.

¹¹⁹ Il s'agit d'un poignard à double tranchant, remis aux sikhs orthodoxes au moment de leur baptême, et qui signifie que le porteur est prêt à défendre sa foi.

¹²⁰ Plusieurs affaires avaient suivi notamment un débat sur l'ouverture de salles de classe pour la prière musulmane suite à une plainte déposée en 2003 auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, à l'encontre de l'Ecole de technologie supérieure.

¹²¹ Abercrombie & Fitch Stores Inc, 1^{er} juin 2015, https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-86_p86b.pdf ; M. Mercat-Bruns, « La Cour suprême américaine face au code vestimentaire de l'entreprise », RDT. 2016, p. 117.

¹²² Pourvoi n°13-19855.

La société cliente avait indiqué à son employeur que le voile « *avait gêné un certain nombre de collaborateurs* ». Devant arbitrer entre le refus de la salariée de modifier sa tenue vestimentaire au nom des préceptes imposés par sa religion et la demande de son client subissant un trouble interne, la société avait procédé au licenciement de son employée, ne pouvant la déléguer auprès d'autres entreprises. La chambre sociale de la Cour de cassation a pris la décision d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur la conciliation des intérêts en présence au regard des textes en vigueur, et plus particulièrement ceux relatifs à la discrimination. En effet, la directive n°78/2000/CE du 27 novembre 2000 portant sur l'égalité de traitement dispose dans son article 4 § 1 qu'il n'y a pas de discrimination lorsque « *en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ». La question de la chambre sociale est dès lors de savoir si la demande d'un client relative au port du foulard peut entrer dans le cadre des exceptions justifiées par cet article de la directive. Pour résumer le propos, l'exigence d'un client, générée par des remarques de ses propres salariés, client important de surcroît, représentant l'intérêt économique de l'entreprise, peut-il prévaloir sur un droit fondamental de l'individu, à savoir celui de mettre en œuvre les préceptes que lui impose sa religion ? Le juge peut-il imposer un devoir de résistance aux stéréotypes dont est victime sa clientèle ?

Ce n'est certes pas un hasard si la question est posée au niveau européen, car au-delà du développement des textes à ce niveau, l'Union européenne porte dans ses gènes les principes fondamentaux du développement économique tel qu'il est conçu par les théoriciens libéraux d'hier et d'aujourd'hui, à savoir la mise en place d'un marché, encadré par des règles visant à favoriser son bon fonctionnement. Le droit de la concurrence est d'ailleurs l'un de ceux qui est le plus marqué par l'analyse économique¹²³. Les dispositions protectrices des citoyens sont elles-mêmes à l'origine, destinées à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur européen. L'article 6 du Traité CE interdit toute pratique discriminatoire en fonction de la nationalité et l'article 48 toute discrimination fondée sur la nationalité et portant sur l'emploi, la rémunération, et les conditions de travail, ce qui est parfaitement conforme à l'esprit du texte, à savoir, la mise en place d'un marché commun et d'une Union économique et monétaire¹²⁴, objectifs s'appuyant notamment sur la liberté de circulation de la main d'œuvre, principe repris par l'article 8 A du traité. L'article 117 rappelle d'ailleurs que l'amélioration des conditions de vie et de travail s'effectuera par le fonctionnement du marché commun ainsi que par le rapprochement des législations nationales. L'article 119 insiste davantage sur l'égalité de rémunération entre hommes et femmes afin d'éviter des distorsions de concurrence au sein de l'Union européenne.

Enfin, en application des traités fondateurs de l'Union européenne, la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail justifie la lutte à l'encontre des discriminations fondées sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, par le fait qu'elles peuvent « *compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes.* » Ce n'est pas non plus un hasard si cette question

¹²³ Cf. L. Vogel, « L'économie, serviteur ou maître du droit ? », « Une certaine idée du droit », Mélanges offerts à André Decocq, Litec, 2004, 620 p., p. 605.

¹²⁴ Cf. art. 2 du Traité.

préjudicielle met en exergue un signe d'appartenance religieuse, manifestant ainsi le renouveau de revendication identitaire fondée sur l'appartenance religieuse dans notre société¹²⁵.

La question que nous allons ici traiter se résume dans l'étude des solutions jurisprudentielles quant au sort des libertés et droits du salarié, au regard des exigences du client ou de sa proximité. Nous limiterons notre propos aux libertés concernées directement par la relation avec le client, c'est-à-dire,

- la liberté de conclure ou de rompre le contrat, puisque le client peut en être le prescripteur,
- la liberté vestimentaire ainsi que le port de signes religieux, puisque l'employeur peut vouloir imposer un code vestimentaire en raison de la rencontre avec le client, et de l'image de marque de l'entreprise,
- la liberté d'expression du salarié, car l'employeur peut vouloir contrôler les propos du salarié en présence du client.

En effet, ce sont celles-ci qui sont directement menacées par l'influence économique du marché, matérialisé par les exigences du client ou sa proximité. Elles matérialisent aussi, pour les deux dernières tout du moins, l'identité profonde de l'individu. C'est à travers elles qu'il exprime ce qu'il est vraiment.

Notre réflexion consiste non seulement à examiner les modalités d'utilisation par la jurisprudence des outils textuels et construction prétorienne mis à sa disposition, dans la conciliation des libertés en cause, ainsi qu'à vérifier s'il existe une cohérence dans son approche.

Nous examinerons dans une première partie les fondements, l'étendue et caractéristiques des droits et libertés du salarié impliqués par cette étude, puis les textes et constructions prétoriennes qui encadrent les pouvoirs de l'employeur lorsqu'il souhaite restreindre ceux-ci. Puis dans un second temps, nous observerons la conciliation qu'opère le juge entre les libertés du salarié et la liberté d'entreprendre dont dispose l'employeur, au regard des exigences du marché, matérialisées par le client, ou de sa proximité.

¹²⁵ Pour mémoire, ce phénomène concerne aussi les maillots de bains et leurs éventuelles interdictions, CE, ordonnances du 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres – association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France, n° 402742, 402777.

Première partie. L'encadrement juridique du pouvoir de l'employeur sur le salarié au regard des exigences ou de la proximité du client

Comme nous l'observerons dans notre premier chapitre, le Code du travail ne définit pas les libertés individuelles du salarié, qui trouvent leur source au sein de nombreux textes tant nationaux qu'internationaux. Les atteintes aux libertés qui vont être imposées aux salariés par l'employeur, sont encadrées par deux textes nationaux. Le premier qui vient à l'esprit est l'article L. 1132-1 du Code du travail relatif à la discrimination. En effet, un employeur afin de séduire sa clientèle, pourrait sélectionner des salariés en fonction de caractéristiques spécifiques (âge, aspect physique, etc...), décision qui pourrait relever de la discrimination. Le second est l'article L. 1121-1 du Code du travail¹²⁶ relatif aux limitations que peut apporter un employeur aux libertés des salariés. Il contraint l'entreprise à respecter une logique dans son action, en adaptant son interdiction à la nature de la tâche à accomplir et sous condition de proportionnalité.

Ces textes constituent l'encadrement légal de l'action de l'employeur et limitent son champ d'action. Il faut y ajouter l'élaboration de certains concepts par le juge, pour définir, justifier et encadrer les sanctions prises à l'égard des salariés qui auraient contrevenu non pas à leurs obligations contractuelles, mais à l'intérêt de l'entreprise. Il s'agit plus précisément de la notion de troubles objectifs affectant l'entreprise, prolongée par celui d'atteinte à l'image. L'entreprise doit donc tenir compte de ses trois éléments dans sa prise de décision. Nous examinerons dans un premier temps les libertés consacrées au profit du salarié et de l'entreprise, puis l'encadrement législatif des restrictions que peut apporter l'employeur à celles-ci, et enfin la construction prétorienne de la notion de troubles objectifs.

¹²⁶ Ainsi que son homologie, l'article L. 1321-3 qui prévoit les mêmes restrictions mais appliquées aux dispositions du règlement intérieur.

Chapitre 1. Les libertés des salariés, de l'employeur et leurs protections

Comme nous allons l'observer dans un premier temps, les origines textuelles de ces libertés sont désormais fort nombreuses, puisque les sources nationales, européennes et internationales se complètent, parfois se recoupent, consacrant tout à la fois de nombreuses libertés au profit du salarié-citoyen, mais aussi de l'entreprise. De droits de l'homme à vocation politique protégeant l'individu contre l'Etat, un glissement s'est opéré aboutissant à la consécration de véritables droits subjectifs dont l'individu est créancier. Dans un second temps, nous examinerons les modalités de protection de celles-ci et la manière dont le juge doit effectuer entre elles une harmonisation, et passer de la confrontation à une conciliation.

Section 1. Les libertés des salariés et de l'employeur

I. Les conceptions des libertés

Le salarié¹²⁷ est d'abord et avant tout un citoyen, et dispose donc, à ce titre de droits, de libertés, notamment des libertés publiques, telle que la liberté d'expression, la liberté religieuse, etc...¹²⁸ La liberté est définie, ainsi que nous l'évoquions précédemment, par le dictionnaire « Robert », comme « *l'état de ce qui ne subit pas de contrainte, c'est-à-dire la possibilité d'agir sans contrainte* ». Au sein d'une société structurée, la liberté se conçoit comme « *le pouvoir d'agir, (...), selon sa propre détermination, dans la limite des règles définies* ».¹²⁹ La notion de liberté n'est pas définie par le Code du travail. Ces libertés ou droits diront certains¹³⁰, puisque débat il y a sur ce sujet, trouvent leur fondement dans des normes supérieures que sont notre Constitution qui reprend le préambule de la Constitution de 1946, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ainsi qu'au sein de traités notamment européens, dont la violation peut-être évidemment sanctionnée¹³¹ par nos juridictions nationales ou européennes. Il est aisé de constater que les droits de l'homme ont fortement irrigués le droit du travail, sous l'influence de l'idée forte du « *salarié-citoyen* », et cela de deux manières. D'une part, le Conseil constitutionnel a intégré dans son champ de référence la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 contenant de nombreux principes juridiques (droit de grève, droit au travail, etc...). D'autre part, le droit du travail est soumis à un contrôle constitutionnel au moins pour les libertés dites fondamentales, que ce soit par le Conseil constitutionnel ou par la Cour de cassation.

Plusieurs distinctions s'imposent au sein de ces catégories juridiques. D'une part, les droits se distinguent des libertés. Ceux-ci sont définis toujours par le dictionnaire « Robert » comme « *ce qui est permis dans une collectivité humaine* », « *un pouvoir, une qualité, une autorisation ou une permission* »¹³². Dans un Etat de droit, le pouvoir d'agir est donc encadré par le droit, qui organise, caractérise, limite éventuellement ce pouvoir d'action et en l'occurrence ces libertés. Il faut aussi distinguer les libertés publiques des libertés fondamentales. Traditionnellement,

¹²⁷ Ph. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salariés », éd. Liaisons, 2014, 339 pages, p. 24.

¹²⁸ Cf. en ce sens, P. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salariés », éd. Liaisons, 339 pages, 2014, p. 24.

¹²⁹ Cf. H. Oberdorff, « Droits de l'homme et libertés fondamentales », 4^{ème} éd., LGDJ, 2013, 554 p., p. 39.

¹³⁰ Cf. L. Casaux-Labrunée, « La confrontation des libertés dans l'entreprise », Dr. soc. 2008, p. 1032. Cf. P. Bèfre, « La liberté d'expression des salariés », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 424 p., p. 21, § 12, note 80.

¹³¹ L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen prévoit que « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ».

¹³² Cf. H. Oberdorff, préc., p. 39.

une distinction est opérée entre les libertés fondamentales dites de « *première génération* », instituées par la Déclaration de 1789, et d'inspiration plutôt libérale, et les suivantes créées par les textes ultérieurs. Cette qualification de fondamentale serait d'origine allemande. La Constitution allemande du 11 août 1919 comprenait déjà une partie relative aux « *Droits et devoirs fondamentaux* » et une loi fondamentale du 23 mai 1949 intégrait des références aux droits fondamentaux telle que la liberté d'expression¹³³.

La notion de liberté fondamentale fait encore débat quant à son origine. Elle serait fondamentale, de par sa position dans la hiérarchie des normes, qu'elles soient constitutionnelles ou inscrites dans des traités internationaux, ou alors, il serait loisible de considérer que son placement dans la hiérarchie des normes ne fait que refléter l'expression de sa « *fundamentalité* »¹³⁴. Le droit ne serait pas fondamental en lui-même, mais plutôt l'expression d'un principe supérieur transcendant. Dans tous les cas, la première conception des droits de l'homme ne constituait pas des droits subjectifs, mais bien la mise en place d'une zone de protection autour du citoyen destiné à le protéger à l'encontre du pouvoir étatique. Ce constat restait valable pour la seconde génération de ces droits, même si cette fois, ils imposent des obligations politiques à l'Etat. Comme le note R. Libchaber¹³⁵, « *requis de ne pas faire en 1789, voilà qu'il devenait obligé de faire* ».

Au-delà de ces débats, une autre différenciation est opérée entre les libertés exercées collectivement (le droit de grève par exemple) et les droits individuels (droit à l'emploi, à l'éducation, etc...) ¹³⁶. La sémantique est parfois complexe. La Cour de cassation distingue donc les libertés fondamentales des libertés « *ordinaires* »¹³⁷, et ce caractère se déduit notamment de la source textuelle de celles-ci.

II. Les fondements juridiques des libertés

Les libertés trouvent leurs fondements tant dans des textes internationaux que nationaux.

A. Les textes internationaux

Ils se décomposent en plusieurs groupes, ceux énonçant les libertés et leurs éventuelles restrictions et ceux interdisant les contraintes, la discrimination, liées notamment à l'usage des libertés précités. La France a signé la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée par l'Assemblée générale de l'Onu le 21 décembre 1965, signée le 7 mars 1966, le Pacte internationale sur les droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale de l'Onu le 16 décembre 1966¹³⁸, qui dans son article 2 prohibe toute forme de discrimination pratiquée par les Etats au regard des droits reconnus par le Pacte.

La liberté de pensée, de conscience et de religion est consacrée comme droit fondamental par l'article 18. Ce dernier prévoit notamment la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il implique la liberté d'adopter une religion de son choix et la liberté de manifester celle-ci,

¹³³ Cf. P. Bèfre, préc. p. 22, § 12.

¹³⁴ Cf. P. Bèfre, préc., p. 24, §13.

¹³⁵ R. Lichaber, préc. p. 414.

¹³⁶ Cf. V. Bernaud, X. Prétot, « Droit constitutionnel social », Fasc. 1443, Jurisclasseur Dt adm.

¹³⁷ Cf. P. Lokiec, « Tenue correcte exigée. Des limites de se vêtir à sa guise. », Dr. soc. 2004, p. 132 sur la distinction opérée par le juge entre les libertés ordinaires et fondamentales, notamment en matière d'habillement.

¹³⁸ Pour mémoire, l'article 2, §1 prévoit que « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

individuellement ou collectivement, en privé ou en public, par le culte, l'accomplissement des rites, pratiques, voire de l'enseignement. Il y est interdit de faire subir une contrainte portant atteinte à la liberté religieuse ou de conviction. En termes de limites apportées aux libertés, cet article prévoit que la liberté de manifester sa religion ne peut faire l'objet que de restrictions uniquement prévues par la loi, dès lors qu'elles sont nécessaires à la sécurité, au maintien de l'ordre et de la santé publique, de la morale ou de la protection des libertés et droits fondamentaux d'autrui. L'article 26 du Pacte énonce un principe de non-discrimination concernant notamment la religion, mais aussi la race, la couleur, le sexe, la langue, l'opinion politique et toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance, et conclut par « *ou toute autre situation* ». Cette dernière précision lui confère un vaste champ d'application.

Les conventions conclues au sein de l'Organisation Internationale du travail s'appliquent également à la France¹³⁹. Les conventions n° 100 sur l'égalité de traitement de 1951 et la convention n°111 de l'OIT portant sur la discrimination (emploi et profession) ont été ratifiées par l'Etat français respectivement le 10 mars 1953 et le 28 mai 1981. La convention n° 111 dans son article 1 définit la discrimination comme « *toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale* » ainsi que « *toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* ». Cette définition très large lui confère un vaste champ d'application quant aux critères pouvant être mis en cause. La convention engage ses signataires à promouvoir l'égalité des chances et la lutte contre les discriminations. Les deux définitions de la convention n° 111 et du Pacte de la discrimination sont non exhaustives quant aux éléments prohibés sur lesquels elles reposent, et ne génèrent donc pas de difficulté de compatibilité.

Au niveau européen, deux champs institutionnels sont sources de textes reconnaissant ces libertés : le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. De nombreuses libertés sont prévues par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés européennes du 4 novembre 1950, adoptée par le Conseil de l'Europe, convention appliquée par la Cour de cassation¹⁴⁰. Ainsi l'article 8 de la Convention précise que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». L'article 9 énonce quant à lui que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.* » Ce texte est similaire à l'article 18 du Pacte civil précité. L'alinéa deux prévoit des cas de limitation peuvent être prévus par la loi, si cela constitue des mesures nécessaires dans une société démocratique, pour des raisons de sécurité publique, protection de l'ordre, de la santé, de la morale publique, ou de protection des droits et libertés d'autrui. L'article est ici légèrement différent du texte adopté par l'ONU, dans la mesure, où il est fait référence aux mesures nécessaires dans une société démocratique ; sans doute, cela ne pouvait-il être inclus dans le texte de l'ONU. Les autres éléments sont identiques.

¹³⁹ Cf. CE, 9 octobre 1996, n° 167.511, Union CGT des affaires sociales, Dr. Soc. 1997, p. 207, note X. Prétot ; CE, 11 janvier 2002, n° 225. 597, Union nationale des affaires sociales CGT, Dr. Soc. 2002, p. 428, concl. E. Mignon ; Cass. Soc. 29 mars 2006, n° 04-46.499, Bull. V, n° 131 ; Cass. soc. 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124, Bull. V, n° 146 ; Cass. soc. 4 juin 2009, n° 08-41.359, Bull. V, n° 146.

¹⁴⁰ Cass. soc. 3 juillet 2001, n° 99-42.735, Bull. n° 247 ; 19 décembre 2003, n° 02-41.429 Bull. V, n° 321 ; 13 juin 2007, n° 05-45-694, Bull. V, n° 99 ; 23 septembre 2009, n° 08-40.434, Bull. n° 190 ; 23 mai 2012, n° 10-23.521, Bull. V, n° 156 ; 6 février 2013, n° 11-11.740, Bull. V, n° 27.

L'article 10 vise la liberté d'expression, qui est garantie là encore avec des limitations strictement encadrées mais qui restent assez nombreuses, telle que la sécurité nationale, l'intégrité territoriale, la sûreté publique, la défense de l'ordre, la prévention du crime, la protection de la morale ou de la santé, de la réputation ou des droits d'autrui, afin d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité ou l'impartialité du pouvoir judiciaire. L'article 11, prévoit la liberté de réunion et d'association et l'article 14, l'interdiction de toute discrimination basée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Le texte est ici extrêmement large dans son champ d'application. Il reprend le même champ d'application que l'article 26 du Pacte portant lui aussi sur la discrimination. Toutefois, la portée de l'article de la CEDH est limitée dans la mesure où il ne s'applique qu'en cas de discrimination à l'égard des droits et libertés reconnus par celle-ci. Le protocole additionnel n°12 entré en vigueur le 1er avril 2005 interdit lui, toute forme de discrimination mais n'a pas été ratifié par la France¹⁴¹. Les textes sont donc très proches dans leurs définitions.

La Cour européenne des droits de l'homme a mis en place une jurisprudence dynamique et très abondante relative à la protection des libertés au sein des pays signataires¹⁴² que nous examinerons dans notre seconde partie. Elle peut agir sur le fondement de l'article 14 de la Convention européenne qui proscrie toute discrimination fondée sur treize motifs (sexe, race, couleur, langue, religion, etc...) reprenant de facto ceux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et dans les Pactes internationaux relatifs au même domaine, à l'exception de l'appartenance à une minorité nationale). Toutefois, ces discriminations ne sont punissables que lorsqu'elles ont trait aux libertés inscrites au sein de la Convention européenne elle-même¹⁴³. Bien sûr, c'est le principe de subsidiarité qui s'applique à l'égard des droits nationaux¹⁴⁴. Ce sont en priorité les institutions nationales, qui doivent assurer les garanties des droits de l'homme.

Enfin, la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, rendue juridiquement contraignante par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, a désormais la même force obligatoire que les traités européens. Elle réunit en un seul document les droits qui pouvaient dispersés dans différents textes. Elle comprend un premier chapitre consacré à la dignité, un

¹⁴¹ Bien que la Commission consultative des droits de l'homme, présidée par R. Badinter sur la lutte contre le racisme et la xénophobie ait recommandé cette ratification, le Ministre des Affaires étrangères, M. L. Fabius a indiqué dans sa réponse n° 3287 publiée au le 4 septembre 2012, page 4899 à une question posée à l'Assemblée Nationale, que la France n'envisagera cette ratification que lorsque la Cour européenne des droits de l'homme « sera à nouveau en mesure de traiter le flux des requêtes qui lui est soumis ». La même réponse avait déjà été faite lors d'une question écrite (n° 34441 de M. Aymeri de Montesquiou, publiée au JO, Sénat du 19 juillet 2007, p. 2357 et réponse publiée au JO du Sénat du 1^{er} novembre 2001, p. 3457).

¹⁴² Elle est l'objet de critiques importantes en raison du nombre important d'affaires pendantes (Cf : « La CrEDH surchargée, sur le site institutionnel <http://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-internationaux/organes-europeens/cedh/vue-densemble/?gclid=CIG6zqe-ocoCFYIfwwodhrAHZA>). Il y a toutefois une amélioration sur ce point, puisqu'au 1/1/2014, le nombre de requêtes pendantes était de 99 900 et au 31/12/2014 de 69 900 d'après le rapport 2014 de la CEDH, soit une diminution d'environ 30 %.

¹⁴³ Le Protocole n°12 de la Convention du 4 novembre 2000 permet de pallier cette restriction, en énonçant un principe général d'interdiction de discrimination pour tout droit prévu par la loi, même si celui-ci n'est pas repris par la Convention. Toutefois, ce protocole n'a pas été ratifié par la France. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé ce principe dans le cadre d'une décision de la Chambre commerciale du 27 septembre 2005 (Bull. 2005, IV, n°184, pourvoi n° 03-15.245).

¹⁴⁴ CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, GACEDH, n°7.

second intitulé « *Liberté* » et un troisième portant sur l'égalité¹⁴⁵. L'article 6 précise que toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ; l'article 7 que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications. L'article 10 est consacré à la liberté de conscience, de pensée et de religion, ainsi qu'à la liberté de manifester sa religion en public ou en privé. Ce texte reprend les mêmes éléments que le Pacte civil et la CEDH précédemment abordés. Il ne contient pas toutefois de dispositions équivalentes au paragraphe 2 de l'article 9 de la CEDH, relatives aux exceptions autorisées ; ce dernier prévoit pour mémoire, que « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

L'article 11 garantit la liberté d'expression, l'article 12 protège la liberté de réunion et d'association. L'article 15 dispose que « *toute personne a le droit de travailler* ». L'article 16 reconnaît la liberté d'entreprise. L'article 21 interdit toute discrimination fondée sur « *le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.* » L'alinéa 2 interdit toute discrimination fondée sur la nationalité. Le texte inclut des éléments non cités par l'article 14 de la CEDH tels que les caractéristiques génétiques, l'âge, le handicap et l'orientation sexuelle. Toutefois, l'article 14 mentionne toute autre situation, ce qui de facto, lui donne une portée très étendue. Il y a une concordance entre les textes internationaux, puisque l'article 26 du Pacte civil fait lui aussi référence, en matière de discrimination à toute autre situation, ainsi que la définition donnée par la convention n° 111 de l'OIT.

La concordance de cette Charte de l'Union européenne avec la Convention européenne s'effectue par l'article 52 alinéa 2, qui prévoit que « *Les droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci* ». L'alinéa 3 précise que « *leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.* » Même si la Cour de justice de l'Union européenne applique désormais les droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, il subsiste encore des difficultés techniques comme nous le verrons ultérieurement¹⁴⁶. L'adhésion désormais prévue par l'article 6 paragraphe 2 du Traité de l'Union européenne de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, a été retardée par un avis n° 2/13 du 18 décembre 2014 de la Cour de justice relevant de nombreux obstacles à celle-ci.

¹⁴⁵ Il y a 7 chapitres en tout, et 54 articles, en plus d'un préambule.

¹⁴⁶ Cf. Partie 2, chapitre 2.

Il nous faut aussi citer la Charte sociale¹⁴⁷, dont le Comité européen des droits sociaux (CEDS) assure la protection¹⁴⁸. Cette Charte prévoit notamment le droit pour les salariés à un délai de préavis raisonnable¹⁴⁹, le droit à la formation professionnelle¹⁵⁰, le droit à la sécurité sociale¹⁵¹. Les décisions du Comité sont transmises au Comité des ministres du Conseil de l'Europe, qui reste tenu par l'appréciation juridique du CEDS. Si l'Etat ne donne pas suite à une décision du Comité, le Comité des ministres peut adresser une recommandation à l'Etat mis en cause. Selon certains auteurs, il n'existe pas encore d'identité totale de jurisprudence entre le CEDS et la Cour européenne¹⁵².

Enfin, la directive 2000/78 a pour objet « *d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, [le] handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement* », selon son article 1. Elle complète la directive n°2000/43 du 29 juin 2000 qui traite de l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique. S'y rajoute la directive 2006/54 du 5 juillet 2006 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes. La première justifie cette lutte contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, dans la mesure où celle-ci peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes.

L'article 2, commun aux trois directives quant aux définitions, dispose qu'il faut entendre par égalité de traitement l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur les motifs énoncés dans les dispositions précédentes. Il définit l'hypothèse d'une discrimination directe lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er}, et une discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes selon les critères prohibés énoncés, par rapport à d'autres. Toutefois, les directives prévoient une justification dans le cas d'une discrimination indirecte en énonçant que celle-ci est justifiée dès lors que « *cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ». L'article 4 des deux premières directives 2000/43 et 2000/78 dispose que « *les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif*

¹⁴⁷ Signée par la France le 18 octobre 1961. Les états signataires s'engagent à accepter au moins 6 des 9 articles du noyau dur de la Charte : articles 1 (droit au travail) , 5 (droit syndical), 6 (droit de négociation collective), 7 (droits des enfants et des adolescents à la protection), 12 (droit à la sécurité sociale), 13 (droit à l'assistance sociale et médicale), 16 (droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique), 19 (droits des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance) et 20 (droit à l'égalité des chances et des traitements en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe) et choisir un nombre supplémentaires d'articles ou de paragraphes auxquels ils sont liés.

¹⁴⁸ S. Laulom , « Les droits sociaux fondamentaux, rempart des déconstructions des droits du travail », Revue du droit du travail, 2013, p. 410.

¹⁴⁹ Article 4, § 4.

¹⁵⁰ Article 10, § 2.

¹⁵¹ Article 12,§3.

¹⁵² Cf. J.-P. Marguénaud, J. Mouly, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail », Dr. soc. 2014. 641 : « La position de la CEDH est donc encore très éloignée de celle du Comité européen des « droits sociaux » à propos de l'arrêt Vilnes c/Norvège du 5 décembre 2013.

soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. » Concernant le champ d'application, celui-ci est dessiné dans l'article 3 toujours dans les deux premiers textes, qui mentionne tant le secteur public, que le secteur privé, pour les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération. Aucune des directives ne reprend la discrimination sur les caractéristiques génétiques formulée par l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux. Cette référence sera reprise par nos textes nationaux comme nous allons le voir ultérieurement. Enfin, seule la directive n°2000/78 prévoit une condition supplémentaire d'exonération, dans son article 2 paragraphe 5, relative aux « *mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

En définitive, les directives essentielles en matière de lutte contre la discrimination n° 2000/78 et 2000/43 sont assez différentes des textes des traités eux-mêmes, et imposent des conditions aux exceptions à la discrimination plus complexes à remplir que ceux de la CEDH. Cela se fonde sur l'alinéa 3 de l'article 52, qui permet à l'Union européenne une protection plus étendue. En revanche, la Charte européenne ne prévoit aucune justification à la discrimination. L'article 2 des directives prévoit des exceptions spécifiques en matière de discriminations indirectes, ce que ne prévoient pas les traités, en visant un objectif légitime. Il est possible de supposer que ce motif légitime appartient aux éléments cités dans les traités eux-mêmes, mais ils ne sont pas mentionnés par l'article 21 de la Charte. L'article 4 prévoit des exceptions aux deux discriminations, liées à la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice. Là encore, cet élément n'apparaît pas dans la Charte, ni d'ailleurs de façon explicite au sein de la CEDH. En outre, l'article 10 de la Charte ne prévoit pas les cas de limitations à la liberté religieuse, dispositions équivalentes au paragraphe 2 de l'article 9 de la CEDH, relatives aux exceptions autorisées ; ce dernier prévoit pour mémoire, que « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* » Seul le paragraphe 5 de l'article 2 de la directive n° 2000/78, qui ne possède pas d'équivalent au sein de la directive n° 2000/43, prévoit que l'Etat peut prendre des « *mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Les deux textes diffèrent quant aux infractions pénales citées par la directive et non par la CEDH, alors que la protection de la morale publique apparaît dans l'article 9 de la CEDH et non dans la directive. Pour conclure, il y a donc des différences entre les textes européens et la CEDH, et des différences entre les textes européens eux-mêmes en fonction du type de discrimination abordé.

Ces différences sont embarrassantes, car la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne ne vont finalement pas avoir exactement le même référentiel pour construire leur jurisprudence. Nous examinerons les conséquences de cette situation dans notre seconde partie. Il nous faut dès lors examiner la teneur de nos textes nationaux, dont certains sont issus des textes européens.

B. Les textes nationaux

Au niveau national, comme indiqué précédemment, il faut distinguer les libertés fondamentales, qui pour leurs exercices, bénéficient d'une protection spécifique. La Cour de cassation effectue

une qualification au cas par cas. Ainsi, le libre choix du domicile en fait partie¹⁵³, à l'instar du droit d'agir en justice¹⁵⁴, du secret de la correspondance¹⁵⁵, et bien sûr la liberté d'expression, la liberté du travail¹⁵⁶ et d'entreprise¹⁵⁷, cette dernière étant prévue non seulement dans le décret d'Allarde (loi des 2-17 mars 1791¹⁵⁸), par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme¹⁵⁹ et l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Nous pouvons citer l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789 qui reconnaît parmi les droits « *naturels et imprescriptibles de l'Homme* », la liberté et la propriété. L'article 4 de la Déclaration précise que la liberté « *consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » et l'article 5 rajoute que « *Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché* ». Le principe est donc celui de la liberté, sous respect des droits d'autrui et des dispositions légales. L'article 10 précise que « *Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public.* » L'article 11 considère que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme (...) sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.* »

Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, repris par notre actuelle Constitution dispose dans son article 5 que « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». L'article 7 prévoit que « *Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ». Concernant ce droit à l'emploi, le Conseil constitutionnel lui a reconnu valeur constitutionnelle dans le cadre de nombreuses décisions¹⁶⁰, sans réellement de conséquences contraignantes. Cela permet au gouvernement de mettre en place des

¹⁵³ Cass. soc. 28 mars 2006, n° 04-41.016, "Une mutation géographique ne constitue pas en elle-même une atteinte à la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile". C'est dans l'arrêt Spileers du 12 janvier 1999 n° 96.-40.755 que la Cour de cassation en a posé le principe (Bull. civ. V, n° 7) ; "En application de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une restriction au libre choix du domicile personnel et familial par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché".

¹⁵⁴ Cass. soc. 6 février 2013, n° 11-11.740, P+B+R, à propos de la rupture du contrat d'un salarié en repréailles d'une action en justice.

¹⁵⁵ Cass. soc. 2 octobre 2001, n° 88-2.

¹⁵⁶ Cass. soc. 18 décembre 1997, n° 95-43.409, Dr. soc. 1998, p. 194, note J. Savatier ; Cass. soc. 22 mars 2000, n° 97-45.872 ; Cass. soc. 19 janvier 1994, n° 89-44.450 ; Cass. soc. 8 février 2005, n° 02-45.089.

¹⁵⁷ Sur la liberté d'entreprendre, Cf. « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salariés », préc. p. 28 et s. ; Cf. A. Roblot-Troizier, « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre : panorama de quelques décisions récentes », RFDA 2014.596 ; G. Drago, « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », CRDF n° 9, 2011, p. 31 s. Pour L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bâcher », D. 2014. 1287, la liberté d'entreprendre « n'est rien d'autre que faire un usage particulier de la liberté individuelle ».

¹⁵⁸ « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Le décret qui est une loi a supprimé les corporations, ces dernières organisaient à l'échelle de chaque ville les professions artisanales et permettant de s'installer à son compte. Cette loi instaure à la fois la liberté d'entreprendre mais aussi un principe de libre concurrence. Paradoxalement, elle interdit de facto les associations.

¹⁵⁹ Cf. A. Roblot-Troizier préc.

¹⁶⁰ Cons. const., 10 juin 1998, déc. n° 98-401 DC, consid. 26. ; Cons. const., 13 janv. 2000, déc. n° 99-423 DC, consid. 26. ; Cons. const., 18 déc. 2001, déc. n° 2001-453 DC, consid. 45 ; Rec. Cons. const. 2001, p. 164. ; Cons. const., 12 janv. 2002, déc. n° 2001-455 DC, consid. 45 ; Rec. Cons. const. 2002, p. 49. ; Cons. const., 18 déc. 2003, déc. n° 2003-487 ; Rec. Cons. const. 2003, p. 473. ; Cons. const., 13 janv. 2005, déc. n° 2004-509 DC ; Rec. Cons. const. 2004, p. 33. ; Cons. const., 29 juill. 2005, déc. n° 2005-523 DC ; Rec. Cons. const. 2005, p. 135. ; Cons. const., 30 mars 2006, déc. n° 2006-535 DC ; Rec. Cons. const. 2006, p. 50. ; Cons. const., 26 déc. 2006, déc. n° 2006-545 DC ; Rec. Cons. const. 2006, p. 138. ; Cons. const., 16 août 2007, déc. n° 2007-555 DC ; Rec. Cons. const. 2007, p. 310

politiques favorisant l'accès à l'emploi, tout en limitant si nécessaire la liberté d'entreprendre¹⁶¹. Enfin, il faut également préciser que le préambule de la Constitution de 1946 dans son alinéa 1, renvoie aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, formulation reprise par le Conseil constitutionnel pour énoncer des principes précédemment consacrés plus ou moins explicitement par les textes antérieurs à 1946.

Parmi les autres libertés, il est possible d'énumérer encore le droit à la santé et au repos¹⁶², le droit au respect de la vie privée édicté par l'article du Code civil¹⁶³. Au-delà de la liberté de conscience et celle de manifester sa foi déjà citées, le salarié dispose librement du choix de son conjoint y compris au sein de l'entreprise¹⁶⁴. En revanche, le droit à la formation professionnelle n'en fait pas partie¹⁶⁵, pas plus que la liberté vestimentaire¹⁶⁶. Concernant celle-ci¹⁶⁷, il est évident que l'employeur peut y porter atteinte en imposant le port d'un casque sur un chantier dans le secteur du bâtiment, ceci étant parfaitement justifié par la nature de la tâche et proportionné au but recherché, la sécurité en l'occurrence¹⁶⁸.

La distinction est d'importance, car la sanction de la violation de l'une de ces libertés est la nullité de la mesure prise, généralement un licenciement, y compris en l'absence de dispositions spécifiques à ce sujet¹⁶⁹. En outre, la preuve obtenue en violation d'une liberté individuelle est inopposable¹⁷⁰. La clause du règlement intérieur intégrant cette violation peut être écartée par le juge judiciaire ou annulée par le juge administratif. En cas de licenciement, celui-ci sera considéré comme abusif et sans cause réelle et sérieuse s'il repose sur une atteinte à une liberté individuelle considérée comme non fondamentale¹⁷¹, alors qu'il est considéré comme nul dans le cas contraire¹⁷².

Pour revenir plus particulièrement à l'entrepreneur et à l'entreprise, la liberté d'entreprendre, ne peut être limitée que par des mesures législatives¹⁷³. Notons toutefois que certains auteurs, notamment J.-P. Chazal¹⁷⁴, remettent en cause de façon très vive l'existence même de celle-ci, (ainsi que le droit de propriété), concepts créés par le Conseil constitutionnel, qui seraient « *non seulement vides de signification juridique prédéterminée, mais, en outre, utilisés de manière décontextualisée, de sorte qu'il est facile de leur faire dire n'importe quoi* », que ces principes « *ont été piochés dans la Déclaration, adoptée le 26 août 1789, avec une prescience divinatoire*

¹⁶¹ En ce sens, V. Bernaud, X. Prétot, « Droit constitutionnel social », Fasc. 1443 jurisclasseur Dt adm.

¹⁶² Cass. soc. 29 juin 2011, n° 09-71.107, à propos du contentieux relatif au forfait jours.

¹⁶³ Cf. Conseil const. 23 juillet 1999, n° 99-416, DC, JO 28 juillet 1999.

¹⁶⁴ Cass. soc. 10 juin 1982, n° 80-40.929, Bull. civ. V, n° 392.

¹⁶⁵ Cass. soc. 5 mars 2014, n° 11-14.426, P+B, à propos du manquement à une obligation de formation prévue par l'article L. 1225-59 du Code du travail.

¹⁶⁶ Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273 : Bull. civ., V, n° 178 ; Dr. soc. 2003, p. 808, obs. P. Waquet.

¹⁶⁷ Cass. soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273.

¹⁶⁸ Cf. les propos du rapporteur de la commission des affaires sociales à l'Assemblée Nationale, JOAN CR, 15 mai 1982, p. 2198 concernant l'adoption de l'article L. 122-35 devenu L. 1321-3 portant sur les restrictions aux libertés individuelles que peut comporter le règlement intérieur.

¹⁶⁹ Cass. soc. 13 mars 2001, n° 99-45.735 et Cass. Soc. 28 mai 2003 n° 02-43.691 préc ; Gérard Couturier, Les nullités du licenciement, Droit social 1997, p. 227.

¹⁷⁰ Cass. soc. 11 février 2009 n° 07-42.068, à propos de la fouille d'un sac sans information de la salariée sur son droit de refus ; Cass. soc. 4 juillet 2012, n° 11-30.266 sur des procédés opérés par la Poste pour découvrir des salariés indelicats ; Cass. soc. 23 mai 2012, n° 10-23.521 à propos de l'utilisation d'enregistrements effectués par une salariée sur son propre dictaphone.

¹⁷¹ Cf. par exemple Cass. soc. 28 mars 2006 n° 04-41.016 et Cass. soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273.

¹⁷² Cass. soc. 6 février 2013, n° 11-11.740.

¹⁷³ Cons. const., 8 janvier 1991, n°90-283 DC ; 16 janvier 1991, n° 90-284 DC ; 10 juin 1998, n° 98-401 DC.

¹⁷⁴ Cf. J.-P. Chazal « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel et la démocratie », D. 2014. 1101 à propos de la décision « Florange » du Conseil constitutionnel du 27 mars 2014, n° 2014-692 DC.

habituellement réservée aux oracles »¹⁷⁵. Concernant plus particulièrement cette liberté d'entreprendre, elle n'aurait selon cet auteur « aucune valeur constitutionnelle et que les meilleurs juristes ont même douté qu'elle en ait une législative » et qu'elle serait « obscure quant à son contenu ».

En pratique, le chef d'entreprise dispose de trois prérogatives :

- un pouvoir de direction¹⁷⁶, d'organisation de son entreprise, qui lui-même sous-entend un pouvoir de gestion économique et un pouvoir de gestion de ses ressources humaines¹⁷⁷ ;
- un pouvoir réglementaire lui permettant d'édicter de véritables règles nécessaires tant au bon fonctionnement de son entreprise qu'à la protection de ses salariés¹⁷⁸ ;
- un pouvoir disciplinaire¹⁷⁹.

Le Conseil constitutionnel a assimilé ce pouvoir de gestion économique à la liberté d'entreprendre, en lui conférant une valeur constitutionnelle¹⁸⁰. La Cour de cassation reconnaît ainsi au chef d'entreprise le pouvoir de décider d'arrêter l'activité de son entreprise¹⁸¹, et a précisé depuis longtemps que le maintien de l'emploi ne peut faire obstacle à cette décision, dès lors que le dirigeant agit dans le respect des lois qui encadrent son activité¹⁸². Concernant plus particulièrement l'organisation de son personnel, le Conseil constitutionnel a clairement énoncé que « *De la liberté d'entreprendre résulte pour le chef d'entreprise le droit de choisir ses collaborateurs* »¹⁸³. La Cour de cassation reconnaît au dirigeant le pouvoir de « *contrôler et surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail* »¹⁸⁴. De même, la décision de l'employeur de recourir aux heures supplémentaires, aux astreintes relèvent indubitablement du pouvoir de l'employeur¹⁸⁵. Comme le relèvent plusieurs auteurs, « *le pouvoir de direction permet (...) à l'employeur d'organiser (...) le travail des salariés. Cela va du choix précis de l'activité de l'entreprise (...) aux méthodes de production et de distribution.* »¹⁸⁶

Cette liberté d'entreprendre a fait l'objet d'un encadrement à la fois législatif, ainsi que jurisprudentielle. L'obligation de motiver ses décisions pour l'employeur a permis un renforcement du contrôle juridictionnel sur celles-ci. Ainsi, la loi du 30 décembre 1986 exigeât que le lettre de licenciement pour motif économique soit motivée, puis la loi du 2 août 1989, que cette obligation soit étendue à l'ensemble des licenciements. La Chambre sociale de la Cour de cassation¹⁸⁷, puis l'Assemblée plénière¹⁸⁸ affirmèrent qu'en l'absence de motivation, la

¹⁷⁵ Cf. J.-P. Chazal préc.

¹⁷⁶ Cf. Ph. Waquet, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », Dr. Soc. 2000, p. 1051.

¹⁷⁷ Cf. en ce sens Ph. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salariés », préc., p. 28.

¹⁷⁸ Cf. les articles L. 1321-1 et s. du Code du travail.

¹⁷⁹ Cf. les articles L. 1331-1 et s. du Code du travail.

¹⁸⁰ Cf. notamment Cons. const. 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, Dr. soc., 1988, p. 755, note X. Prétot ; 8 juillet 1989, n° 89-258 DC, D. 1989, som. 138, note D. Chelle et X. Prétot ; 13 janvier 2000, n° 99-423 DC ; 12 janvier 2002, n° 2002-455 DC.

¹⁸¹ Cass. soc. 16 janvier 2001, n° 98-44.647, Bull. V, n° 10.

¹⁸² Cass. soc. 31 mai 1956, n° 56-04.323, Bull. V, n° 499, DO, 1956, P. 340.

¹⁸³ Cons. const. 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, consid. 22.

¹⁸⁴ Cass. soc. 4 juillet 2012, n° 11-30.266, Bull. V, n° 208.

¹⁸⁵ Cass. soc. 10 octobre 2012, n° 11-10.454 et n° 11-10.455, Bull. V, n° 158.

¹⁸⁶ Ph. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés des salariés », , édit. Liaisons, 339 pages, 2014, p. 35.

¹⁸⁷ Cass. soc. 29 novembre 1990, n° 88-44.308, Bull. V, n° 598.

¹⁸⁸ Ass. Plén. 27 novembre 1998, n° 96-40.199, Bull. Ass. Plén., n° 7, Dr. soc. 1999, p. 19, concl. Joinet.

rupture était requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, limitant la discussion, uniquement aux motifs énoncés dans la lettre.

Pour conclure, la coordination des contrôles du respect de la Constitution, ou des sources internationales donne lieu à une répartition des rôles entre le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives, judiciaires, nationales et internationales. Le contrôle de constitutionnalité n'appartient qu'au Conseil constitutionnel, mais les juridictions administratives et judiciaires doivent veiller au respect des dispositions des traités internationaux. Le Conseil constitutionnel n'exerce pas de contrôle sur les lois par lesquelles le gouvernement retranscrit des normes européennes, dès lors que cette transcription répond à une exigence constitutionnelle¹⁸⁹. Evidemment, cette situation donne parfois lieu à des divergences d'opinion entre les juridictions¹⁹⁰. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme joue un rôle majeur dans la protection de certaines libertés, ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne, comme nous le verrons ultérieurement.

¹⁸⁹ Cons. const., 10 juin 2004, déc. n° 2004-496 DC, consid. 7 et 9 : Rec. Cons. const. 2004, p. 101. – Cons. const., 30 nov. 2006, déc. n° 2006-540 DC, consid. 17 à 20 : Rec. Cons. const. 2006, p. 88. – Cons. const., 12 mai 2010, déc. n° 2010-605 DC, consid. 18 et 19. Cf en ce sens, V. Bernaud, X. Prétot, préc.

¹⁹⁰ Ainsi par exemple, sur le contrat « nouvelle embauche » instaurant une procédure simplifiée de rupture et une très longue période d'essai, créée par l'ordonnance du 2 août 2005, le Conseil d'Etat, ainsi que le Conseil constitutionnel n'avaient pas perçu d'obstacle, alors que la Cour de cassation s'était émue de l'opposition de ces dispositions avec la convention n°158 de l'OIT, et procéda à des requalifications (Cass. soc., 1er juill. 2008, n° 07-44.124 : JCP S 2008, 1548, note F. Dumont ; RDT. 2008, p. 514, avis J. Duplat ; RJS 10/2008, n° 1016, rapp. J.-M. Béraud).

Section 2. La protection et la confrontation de ces libertés

En cas d'atteinte à ces libertés, de nombreux acteurs, tant internationaux que nationaux peuvent être saisis. Le juge reste l'acteur majeur pour passer de la confrontation à la conciliation de ces libertés.

I. Les modalités de protection de ces libertés.

Ces libertés font l'objet de protection conformément à leur origine, de manière nationale, européenne et internationale. Les modalités de protection dont bénéficie le citoyen-salarié sont de nature juridictionnelle et non juridictionnelle.

A. Les modalités de protection non-juridictionnelles

Au niveau international, les moyens de protection non-juridictionnels sont assez nombreux. Dans le cadre des Nations-Unies, on trouve le Conseil des droits de l'homme qui a succédé à la Commission des droits de l'homme, elle-même à l'origine de la Déclaration universelle. Le Conseil a été mis en place par décision de l'Assemblée générale le 3 avril 2006. Il examine les violations des droits de l'homme et peut émettre des recommandations. Le Haut-commissariat des Nations-unies aux droits de l'homme a été créé le 20 décembre 1993. Il dépend du Secrétaire général, représente officiellement l'ONU et veille à la mise en œuvre et au respect des droits de l'homme. Il apporte son soutien au Conseil des droits de l'homme. Citons encore pour mémoire le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, institué par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes créé par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, le Comité des droits de l'homme instauré par le Pacte international relatifs aux droits civiques et politiques de 1966. Ces comités veillent au respect de la Convention qui les a institués par les pays signataires. La plupart de ces comités peuvent recevoir des plaintes de particuliers ou d'Etats relatives à des violations des conventions¹⁹¹.

Au niveau du Conseil de l'Europe, un Commissaire aux droits de l'homme a été instauré depuis le 7 mai 1999¹⁹² chargé de sensibiliser les Etats sur ce sujet, en procédant à des visites, des productions de rapports, etc... Il ne peut être saisi de plaintes individuelles mais peut prendre des initiatives plus vastes sur la base des informations recueillies. Au sein de l'Union européenne, outre le médiateur déjà cité, il existe de nombreuses institutions dont le champ d'action concerne le respect des libertés et droits fondamentaux sans toutefois être un véritable recours pour le citoyen. Leur action consiste davantage dans l'information des Etats. Nous pouvons citer par exemple l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a succédé à l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes le 28 février 2007, et a pour mission de collecter et d'analyser des informations relatives au respect des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne, afin de conseiller les Etats et les institutions européennes dans ce domaine. De même, le réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux de l'Union européenne créé par la Commission européenne produit régulièrement des rapports dans ce domaine, rapport soumis au Parlement européen. Ce réseau est utilisé par l'Agence pour recueillir des données, des informations sur l'état du respect des droits fondamentaux au sein de l'Union.

¹⁹¹ H. Oberdorff, « Droits de l'homme et libertés fondamentales », LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, 554 p., p. 228 et s.

¹⁹² Résolution (99)50, suite à une initiative des chefs d'Etats et de gouvernements datant des sommets des 10 et 11 octobre 1997 à Strasbourg.

Au niveau européen, le citoyen peut saisir un médiateur européen dont l'existence est fondée sur l'article 228 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il peut contester des actes effectués par les administrations européennes. Le médiateur peut saisir l'institution en cause et lui adresser une recommandation. Le médiateur européen est désigné par le Parlement européen.

Au niveau national, très succinctement, face à une décision portant atteinte à une liberté, le Défenseur des droits détient notamment une compétence en matière de lutte contre les discriminations, qu'elles soient directes ou indirectes. Cette institution administrative indépendante, voit son fondement constitutionnalisé dans l'article 71-1 de la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, suite aux propositions du Comité Balladur sur la modernisation de notre Constitution en 2007¹⁹³. Son organisation actuelle résulte de deux lois du 29 mars 2011¹⁹⁴. Son action concerne notamment les discriminations prohibées de manière législative ou par un engagement international régulièrement formé par la France. Il peut être saisi par une personne physique, morale, ses ayants droits, une association, une institution étrangère disposant de la même fonction, par un parlementaire français et un élu français du Parlement européen. Il peut se saisir d'office. Cette saisine peut concerner des agissements de personnes privées ou publiques. Il peut proposer des évolutions législatives, participer à des règlements de litige par voie de médiation notamment.

Bien évidemment, si l'atteinte à une liberté provient d'un acte administratif à l'égard d'un agent de la fonction publique par exemple, celui-ci dispose de la possibilité d'effectuer un recours gracieux auprès de l'autorité, auteur de la décision litigieuse, ainsi que d'un recours hiérarchique. Dans ce dernier cas, l'agent saisit l'autorité hiérarchique supérieure à celle auteur de la décision afin d'en réclamer l'abrogation ou la modification. Enfin, nous citerons pour mémoire la possibilité d'un droit de pétition. Ce droit est décrit au niveau national aux articles 147 et suivants du règlement de notre Assemblée nationale, qui décrivent la procédure de réception et d'instruction des pétitions.

B. Les recours juridictionnels

Au niveau international, pour les violations les plus graves des libertés, l'ONU a mis en place des juridictions spécifiques telle que le Tribunal international¹⁹⁵ pour les actes commis en ex-Yougoslavie, pour les actes commis au Rwanda¹⁹⁶, pour les actes commis en Sierra-Leone¹⁹⁷. Il est nécessaire de citer la création de la Cour pénale internationale, juridiction permanente instaurée par le traité de Rome du 17 juillet 1998.

Plus proche de nous et de notre sujet, les protections juridictionnelles européennes des libertés sont organisées autour de deux pôles. D'une part, la Convention européenne des droits de l'homme, dont le respect était assuré de manière juridictionnelle par une Commission européenne des droits de l'homme que les particuliers pouvaient saisir, une Cour européenne des droits de l'homme et un Comité des ministres. Le Protocole n°11¹⁹⁸ a introduit une

¹⁹³ Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République. Le rapport fut remis le 29 octobre 2007 et concernait les attributions du Président de la République, du Premier ministre et du Parlement.

¹⁹⁴ Lois n° 2011-333 et 2011-334.

¹⁹⁵ Résolution 827 du 25 mai 1993.

¹⁹⁶ Résolution 955 du 8 novembre 1994.

¹⁹⁷ Résolution 1315 du 14 août 2000.

¹⁹⁸ Protocole du 11 mai 1994, entré en application le 1^{er} novembre 1998.

simplification du fonctionnement de ces institutions en réservant uniquement à la Cour européenne des droits de l'homme un rôle juridictionnel, tout en la transformant en Cour permanente¹⁹⁹. Le Comité des ministres reste responsable du suivi de l'exécution des arrêts rendus par la Cour. Il existe désormais un recours interétatique et un recours individuel. La France a ratifié la Convention européenne le 3 mai 1974 et accepté la procédure du recours individuel par un décret du 9 octobre 1981.

La jurisprudence de la Cour joue un rôle « *d'harmonisation des régimes juridiques nationaux des droits de l'homme, autour du standard minimum que représente la Convention* »²⁰⁰ et son impact sur les législations nationales et sur les jurisprudences tant administratives que judiciaires est bien réel²⁰¹. Dans son rapport public de 2006, le Conseil d'Etat précise que pour la période 1990-1994, les arrêts du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation faisant référence à la Convention européenne se chiffraient par centaines, alors que « *celle-ci a été visée, au cours de la période 2000-2004, dans 11029 décisions du Conseil d'Etat* »²⁰².

Concernant le second pôle de protection constitué par l'Union européenne et ses institutions, la dimension économique ayant été une dimension prédominante lors de sa fondation, la protection des libertés « *non économiques* » ne fut pas une priorité, surtout pour des pays disposant déjà de leur propre régime protecteur, au sein de régimes démocratiques. L'adoption de la Charte des droits fondamentaux du 18 décembre 2000 fut une avancée importante dans ce domaine. La Cour de justice de l'Union européenne va ainsi développer une jurisprudence sur la protection des libertés, que nous examinerons en détail dans notre seconde partie.

Au niveau national, le Conseil constitutionnel, les juridictions administratives et judiciaires peuvent être amenées à connaître de la protection des libertés du citoyen-salarié, que ce soit par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité, de l'examen d'une décision administrative ou d'un licenciement.

II. La confrontation de ces libertés

A l'énonciation de l'ensemble de ces libertés, il apparaît clairement comme nous l'avons déjà énoncé, que dans l'exercice de son pouvoir de direction, l'employeur peut être contraint de limiter certaines libertés individuelles du salarié, pour organiser l'activité de l'entreprise²⁰³, construire l'image de celle-ci auprès de ses clients. L'entrepreneur, « *qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs* »²⁰⁴. Fondamentalement, pour organiser l'activité de son entreprise, le dirigeant dispose d'un pouvoir de direction auquel se soumet volontairement le salarié, en acceptant le lien de subordination. La liberté du salarié s'exerce dans un premier temps dans la possibilité ou de refuser ce lien contractuel et ces conditions contractuelles. Le salarié dispose de la liberté d'accepter ou de non de limiter l'exercice de ses libertés au profit du bon fonctionnement de l'entreprise. Il ne fait ici que reproduire notre système politique où le citoyen accepte de renoncer à l'exercice total de ses

¹⁹⁹ Elle est composée d'autant de juges que d'Etats membres.

²⁰⁰ F. Sudre, « Droit international et droit européen des droits de l'homme », PUF, 2011, 968 p., p. 860.

²⁰¹ Pour de nombreux exemples, Cf. H. Oberdorff préc., p. 247.

²⁰² « Sécurité juridique et complexité du droit », Rapport public 2006, Etudes et documents n° 57, Doc. Fr., 2006, p. 243 ; <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Securite-juridique-et-complexite-du-droit-Rapport-public-2006>.

²⁰³ Cf. L. Casaux-Labrunée, « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre : panorama de quelques décisions récentes », RFDA 2014.956.

²⁰⁴ Cf. Cons. const., 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, considérant 22 et A. Roblot-Troizier, « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre : panorama de quelques décisions récentes », RFDA 2014.956.

libertés, c'est-à-dire sans aucune restriction, afin de pouvoir bénéficier d'une vie en société. La liberté d'entreprendre une profession ou activité est aussi « *la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité* »²⁰⁵. Comme le rappellent plusieurs auteurs²⁰⁶, le pouvoir de direction recouvre donc un pouvoir de gestion économique, ainsi qu'un pouvoir de gestion des ressources humaines de l'entreprise.

Les libertés des salariés qui vont être affectées sont les suivantes :

- la liberté de travailler, car un client peut promouvoir ou au contraire demander la fin de la relation contractuelle entre le salarié et son employeur.
- La liberté d'expression.
- La liberté vestimentaire.
- La liberté religieuse.

Les clients eux-mêmes peuvent avoir des exigences à l'égard de l'entreprise qui se traduira inéluctablement par des contraintes à l'égard de ses salariés, éventuellement par une atteinte à leurs libertés. Ainsi, l'entreprise pourra souhaiter accroître la reconnaissance de ses salariés par les clients en leur imposant le port d'une tenue spécifique. Bien évidemment, plus la proximité physique entre le salarié et le client est grande, plus le risque pour l'entreprise est important. Elle va être contrainte, poussée en cela par la présence du client, d'organiser, de régir le plus complètement possible l'apparence, le comportement et le langage du salarié. Il y a alors inévitablement une confrontation forte entre l'intérêt de l'entreprise, la liberté d'entreprendre et les libertés du salarié²⁰⁷. Il faut alors passer de la confrontation à la conciliation²⁰⁸.

La hiérarchie des normes est un premier outil à la disposition du juge²⁰⁹, qui ne résout rien en présence de normes de niveaux équivalents. L'enjeu pour le juge, qu'il soit français ou européen, va être de trouver un équilibre entre ces droits, entre l'intérêt de l'entreprise, et ceux du salarié. C'est la notion de « *juste équilibre* » énoncée par le juge européen²¹⁰. Notons que pour certains auteurs et notamment L. Casaux-Labrunée, la dominance des libertés économiques serait un fait avéré²¹¹ que ce soit par la chambre sociale de la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel²¹². Comme nous le verrons, cette affirmation doit être nuancée au regard de notre étude. Plusieurs textes vont être utilisés par le juge.

²⁰⁵ Cf. A. Roblot-Troizier préc, à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2012, n° 2012-285 QPC, M. Christian S. et 23 janvier 2014 n° 2013-686 DC.

²⁰⁶ Ph. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié », préc., p. 28.

²⁰⁷ Cf. P. Lokiec, préc.

²⁰⁸ Cf. L. Casaux-Labrunée préc ; M. Buy, « Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise : un conflit de logiques », in « Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise », Actes colloque Aix, PUAM 1994, p. 12 ; B. Teyssié, « Épilogue sur le droit, l'intérêt et la prospérité » in « Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise », *op. cit.*, p. 117.

²⁰⁹ Cf. E. Jeansen, « L'articulation des sources en droit du travail », thèse Paris II sous la direction de B. Teyssié, Economica 2008 ;

²¹⁰ Cf. notamment la décision de la CEDH Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, req. 48420/10 , 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

²¹¹ Cf. L. Casaux-Labrunée préc.

²¹² Pour cette dernière, l'analyse repose essentiellement sur les arrêts « Loi de modernisation sociale » du 12 janvier 2002, « Loi de cohésion sociale » du 13 janvier 2005, cah. Cons. Const. N° 18/2005 p. 39, et enfin celle du 30 mars 2006 sur le « contrat première embauche », cah. Cons. Const. 20/2006, p. 53.

Chapitre 2. L'encadrement législatif aux restrictions apportées aux libertés individuelles des salariés

Le législateur autorise les atteintes aux libertés individuelles des salariés, tout en fixant des limites. Il existe trois aspects à cette protection des libertés individuelles. Le Code du travail, au sein de son premier livre, comprend un titre II « *Droits et libertés dans l'entreprise* », comprenant un chapitre unique composé de l'article L. 1121-1²¹³, suivi du titre III « *Discriminations* », avec au sein du chapitre 1, l'article L. 1132-1²¹⁴ interdisant celles-ci. Toutefois les articles L. 1133-1 et suivants prévoient que les différences de traitement sont possibles notamment « *lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.* »²¹⁵.

De manière synthétique, le Code du travail autorise l'employeur à limiter les libertés des salariés dès lors qu'il le justifie par la nature de la tâche à accomplir et de manière proportionnée au but recherché. En revanche, le même Code interdit de manière générale à l'employeur, de pratiquer une discrimination reposant notamment sur l'exercice par le salarié de l'un de ces libertés, sauf exceptions limitativement énumérées, répondant à une exigence professionnelle essentielle, déterminante, proportionnée avec un objectif légitime. La liberté religieuse vient ici immédiatement à l'esprit. La sanction est, elle aussi, soumise à une différence de régime, puisque l'atteinte à une liberté individuelle sera uniquement sanctionnée par une indemnisation, alors que le licenciement fondé sur une discrimination sera déclaré nul. Enfin, les deux régimes ne se recouvrent pas totalement, puisque la discrimination peut être constituée par une atteinte à une liberté individuelle²¹⁶, mais pas uniquement²¹⁷. Et une atteinte à une liberté individuelle ne constitue pas toujours une discrimination²¹⁸.

²¹³ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

²¹⁴ Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la 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, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap. »

²¹⁵ Art. L. 1133-2 : « Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. Ces différences peuvent notamment consister en : 1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ; 2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite. » Art. L. 1133-3 : « Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées. »

²¹⁶ L'article L. 1132-1 fait référence notamment aux convictions politiques et religieuses.

²¹⁷ L'appartenance véritable ou supposée à une ethnie ne constitue en rien une liberté individuelle.

²¹⁸ L'atteinte à la liberté d'expression (Cf. partie 2) ne fait pas partie des discriminations, à moins qu'elle ne porte éventuellement sur un élément cité par l'article L. 1132-1 du Code du travail, politique, syndical, religieux, etc...

A contrario, lorsqu'une restriction à une liberté est imposée à un salarié, sa légalité dépend de sa justification au regard de la nature de la tâche à accomplir et de sa proportionnalité au but recherché, et s'il existe un aspect discriminatoire, sa légalité sera en outre subordonnée à l'existence d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante ainsi qu'à la légitimité de l'objectif. Nous allons examiner plus en détails ces textes, avant de nous intéresser à leur coordination.

Section 1. Les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail

Après en avoir examiné les dispositions, nous examinerons les conditions dans lesquelles ces textes sont apparus et leur champ d'application.

I. Les dispositions

L'article L. 1121-1 énonce que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »²¹⁹. L'article L. 1321-3 § 2 reprend les mêmes impératifs pour les dispositions du règlement intérieur²²⁰.

Force est de constater qu'il s'agit là de dispositions très générales, qui pourraient s'appliquer à de nombreux domaines. Les auteurs de ces restrictions ne sont pas mentionnés, ce qui ne restreint donc pas cet article aux actes de l'employeur. Les personnes dont les droits ou libertés sont atteintes ne sont pas non plus mentionnées, pas plus que les droits et libertés concernés. L'intégration de cet article dans le Code du travail, invite bien évidemment, à l'interpréter dans un contexte professionnel, aux rapports entreprise-salarié. L'entreprise est le lieu où s'exécute le contrat de travail. Le salarié y est soumis à un lien de subordination, le contraignant à obéir aux directives de son employeur. Cette contrainte ne peut que limiter certains droits ou libertés du salarié, qui d'ailleurs y consent en contrepartie de sa rémunération, lors de la conclusion du contrat.

II. Les origines

Les dispositions des articles L. 1121-1 et 1321-3 § 2 sont d'origine administrative. Il s'agit d'une transposition d'une jurisprudence du Conseil d'Etat apparue au début du XXème siècle sur la restriction des libertés publiques. Celles-ci ne devaient être restreintes que de manière strictement nécessaire au maintien de l'ordre²²¹. Le juge administratif exerce un contrôle approfondi en vérifiant que les circonstances justifient réellement des mesures de police, ainsi que l'adéquation de celle-ci « *par sa nature et sa gravité à l'importance de la menace* »²²².

Ces principes ont été transférés dans l'univers du droit privé, et plus particulièrement du droit du travail avec le contrôle du règlement intérieur des entreprises par l'administration du

²¹⁹ Ph. Waquet, « Libertés et contrats de travail. Réflexions sur l'article L. 120-2 du Code du travail devenu l'article L. 1121-1 », RJS 5/09, p. 350 et s.

²²⁰ Art. L.1321-3, § 2 Le règlement intérieur ne peut contenir (...) des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;

²²¹ CE 19 février 1909, Abbé Olivier, Recueil Lebon p. 181.

²²² 3les grands arrêts de la jurisprudence administrative », M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, 16^e éd. Dalloz, 2007, n° 47, §4, cité par Ph. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié », éd. Liaisons, préc.

Ministère du Travail. En effet, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, la direction départementale du travail s'est vue octroyer un pouvoir de contrôle sur les règlements intérieurs des entreprises, donnant lieu rapidement à un contentieux administratif. Dans l'arrêt Corona du 1^{er} février 1980²²³, le Conseil d'Etat énonçait le principe selon lequel le chef d'entreprise « ne peut apporter aux droits des personnes que les restrictions qui sont nécessaires pour le but recherché », s'inspirant directement de la jurisprudence administrative en matière de restrictions des libertés publiques. Ces dispositions ont été ensuite reprises par l'article L. 122-35, suite à l'adoption de la loi du 4 août 1982 appartenant aux lois « Auroux », devenu L. 1321-3 du Code du travail, la limitant strictement à l'examen du règlement intérieur.

A la fin de l'année 1990, le Professeur Lyon-Caen se vit confier une mission de réflexion par le gouvernement de l'époque. Celle-ci aboutit à des propositions sur « *l'équilibre qu'il convient d'atteindre entre d'une part le respect des libertés individuelles des candidats à un emploi et des salariés lors de l'exécution du travail et d'autre part le respect des prérogatives nécessaires au bon fonctionnement des entreprises* »²²⁴. Dans son rapport, ce dernier proposa d'étendre les principes posés pour le règlement intérieur et de leur donner une portée générale car « *les sujétions imposées à la personne du travailleur ne sont justifiées que dans la mesure où elles sont nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise* », reprenant une formule du Professeur Jean Savatier²²⁵.

Le Ministre du Travail proposera ces dispositions à l'examen de l'Assemblée, qui seront adoptées après quelques échanges portant essentiellement sur l'encadrement des procédures de recrutement²²⁶. La loi du 31 décembre 1992 intégrera donc un article L. 120-2 au Code du travail, selon lequel « *nul ne peut apporter 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* ».

Nous ne pouvons donc trouver d'éléments significatifs suffisamment développés quant à la volonté du législateur, sauf bien évidemment à retenir que les mesures doivent être évaluées à l'aune de la fonction du salarié et du but recherché. En outre, le juge prud'homal doit faire application d'un concept né en matière de protection des libertés publiques, au sein du contentieux administratif.

La première limite énoncée concerne la nature de la tâche à accomplir. En droit du travail, il s'agit bien évidemment de la fonction du salarié lui-même, et des tâches qui en découlent. L'employeur peut limiter certaines libertés du salarié, en raison des nécessités même de sa fonction. Il est compréhensible que l'on impose à un salarié une tenue de protection pour des raisons d'hygiène ou de sécurité, contrepartie de l'obligation de résultat quant à la sécurité du salarié imposée à l'entreprise. Il est parfaitement admissible que l'on impose au salarié une tenue spécifique en cas de contact avec la clientèle, pour des raisons commerciales, ne serait-ce que d'identification. Mais, on perçoit que ce critère de la nature de la tâche ne concerne finalement qu'un nombre assez restreint d'atteintes aux libertés. Le second critère est celui de la proportionnalité. Le juge va donc devoir mettre en œuvre un contrôle classique de proportionnalité.

²²³ Ministre du travail c/ Socté Peintures Corona, Dr. Soc. 1980, p. 310, concl. A. Bacquet.

²²⁴ Lettre du Ministre du Travail, 18 décembre 1990, Rapport G. Lyon-Caen, « Les libertés publiques et l'emploi », Documentation Française, 1992.

²²⁵ « La liberté dans le travail », Dr. soc. 1990, p. 90.

²²⁶ JO AN séance du 8 décembre 1992, p. 6725 et s.

III. Le champ d'application

La jurisprudence va appliquer cet article à toutes les limitations apportées par l'employeur aux libertés ou droits du salarié quelle que soit la nature de celle-ci²²⁷. Fondamentalement, l'employeur, en disposant d'un pouvoir hiérarchique sur le salarié va bien évidemment, limiter ses libertés pendant l'exécution du contrat de travail. C'est d'ailleurs le contrat lui-même qui définit en grande partie les droits et obligations des parties, en précisant les restrictions auxquelles le salarié consent (clause de non-concurrence, clause de dédit-formation, clause de mobilité, etc...). Bien évidemment, certains droits ou libertés garanties par des textes ne peuvent se voir limiter y compris en respectant les dispositions de l'article L. 1121-1. Il est ainsi manifestement impossible pour l'employeur de porter atteinte aux droits de grève du salarié, le droit au repos, etc... En outre, l'article L. 1121-1 ne peut être invoqué que pour apporter des restrictions aux libertés des salariés et non une disparition totale de celles-ci comme le réaffirme la chambre sociale de la Cour de cassation, notamment dans un arrêt du 14 décembre 1999, portant sur la liberté d'expression du salarié. Celle-ci pose clairement le principe selon lequel « *il ne peut être apportée à celle-ci que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* »²²⁸.

Il reste donc une zone dont le contour n'est pas clairement déterminé où les libertés du salarié peuvent être restreintes par l'employeur, alors même que le salarié n'est plus dans sa vie professionnelle, mais personnelle. Certes, l'employeur ne peut régir la vie privée qui est totalement protégée et hors de portée, notamment par le biais de l'article 9 du Code civil, mais il reste le champ de la vie personnelle du salarié. L'employeur peut sanctionner des faits commis au cours de cette période, dès lors que ceux-ci causent un trouble objectif à l'entreprise comme nous allons l'observer dans un second chapitre. C'est au travers de l'article L. 1121-1 du Code du travail que le juge va exercer un contrôle sur la sanction émise par l'employeur. Concernant l'article L. 1321-3 portant sur le règlement intérieur, le juge administratif se livre à une démarche similaire de contrôle au regard de la nature de la tâche et de proportionnalité. Si l'employeur peut donc limiter l'exercice de certaines libertés dont bénéficie le salarié au sein de l'entreprise, l'article L. 1132-1 sanctionne toute discrimination fondée notamment sur l'exercice des libertés.

Section 2. L'article L. 1132-1 du Code du travail

Rappelons pour mémoire que là encore, ce sont les lois dites « *Auroux* » du 4 août 1982 qui ont permis l'insertion de l'article L. 122-35 du Code du travail, selon lequel les dispositions du règlement intérieur ne pouvaient « *comporter des dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail en raison de leur sexe, de leurs mœurs, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confession ou de leur handicap à capacité professionnelle égale* ». Cette même loi avait également mis en place un article L. 122-45 interdisant tout licenciement ou sanction disciplinaire reposant sur un motif discriminatoire, reprenant l'énumération de l'article L.122-35 du Code du travail. A l'origine, l'interdiction de la discrimination visait essentiellement les salariés occupant des fonctions exposées en cas de conflit avec l'employeur, notamment les représentants syndicaux avec l'article L. 2141-5 du Code du travail et les salariés en grève par le biais de l'article L. 2511-1 du même ouvrage.

²²⁷ Par exemple, la validité de l'application d'une clause de mobilité est-elle désormais appréciée au regard de l'atteinte au droit du salarié à une vie privée et familiale, et il est nécessaire de vérifier si cette atteinte est justifiée au regard de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché : Cass. soc. 14 octobre 2008, RJS 12/08 n° 1162 ; Dt Ouvrier 2009, p. 16.

²²⁸ N° 97-41.995, bull. V, n° 488.

La loi du 27 mai 2008 a introduit dans notre droit des dispositions communautaires prohibant de manière générale toute discrimination directe ou indirecte, comme nous le verrons ultérieurement. Il s'agit des directives n° 2000/43 du 29 juin 2000, n° 2000/78 du 27 novembre 2000 et 2006/54 du 5 juillet 2006. L'adoption du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 permet d'insérer la construction jurisprudentielle de la CJCE sur l'égalité de traitement dans les ordres juridiques nationaux, et ainsi conférer une compétence à l'Union européenne pour lutter contre toutes les formes de discrimination²²⁹ prévues par ses textes.

Pour mémoire, rappelons que l'article L. 1132-1 du Code du travail en vigueur jusqu'au 20 novembre 2016 disposait qu'aucune personne « *ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte* » « *notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3 du code du travail, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap* ». Les cas de discriminations illégales sont très nombreux. Les critères prohibés sont d'ailleurs plus nombreux que ceux prévus par les directives européennes. Notons que le législateur n'était pas contraint de procéder par une liste exhaustive. La nouvelle version de l'article L. 1132-1 vise expressément les motifs énoncés par l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, à savoir, « *son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe* », qui sont beaucoup plus limités.

Ces dispositions trouvent un écho au sein de l'article L. 1321-3 §3 du Code du travail qui interdit l'insertion au sein du règlement intérieur de toute disposition « *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 «ou identité» 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* ». Ce dernier texte prévoit donc une liste plus large de motifs discriminants que l'article L. 1132-1 du Code du travail. L'harmonisation n'a pas été faite. Il faut noter que la liste inclut à la fois l'exercice de libertés (religieuse, politique, syndicale), des caractéristiques physiques sur lesquelles le salarié ne peut agir ou très difficilement (caractéristiques génétiques, sexe, apparence physique notamment la taille, handicap).

²²⁹ Il insère un article 13 dans le traité de Rome qui stipule que le Conseil « statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Il a permis l'adoption notamment des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE.

La loi du 27 mai 2008 par son article 6, a introduit plusieurs dispositions de cas légitimes de discrimination. L'article L. 1133-1 précise que les différences de traitement sont admissibles, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. L'article L. 1133-2 du Code du travail poursuit en précisant que « *les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.* »

Ces différences peuvent notamment consister en :

- 1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;
- 2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

De même les différences de traitement liées à l'inaptitude, au handicap²³⁰ ne constituent pas des discriminations. Enfin à côté de ces exceptions générales, le code prévoit des discriminations permanentes légales :

- notamment l'accès à certaines professions réservées à l'un ou l'autre sexe²³¹, comme les mannequins ou acteurs pour les rôles masculins ou féminins.
- La protection de la maternité et paternité,
- La protection des salariés liée à leur état de santé ou leur âge.

Enfin, l'entreprise peut prendre des mesures provisoires de discrimination au seul bénéfice des femmes pour établir l'égalité des chances professionnelles²³². Il faut cependant rappeler comme le note N. Moizard, qu'il existe des différences significatives entre les textes des directives 2000/78 et 2000/43 du 29 juin 2000, et leur reprise par le législateur français²³³. Ainsi en est-il de la transformation de l'expression « *ne le serait* » des directives par « *l'aura été* ». Cela élimine de facto la situation où il n'y a pas de victime, alors même que la Cour de justice de l'Union européenne considère que la discrimination est constatée, même en l'absence de plaignant²³⁴.

Le débat sur la discrimination peut donc porter sur les justifications apportées par l'employeur aux mesures prises. Il faut en outre, distinguer les discriminations directes et indirectes. La discrimination est directe lorsqu'une « *personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* »²³⁵. Une discrimination est indirecte lorsqu'une mesure, a priori non discriminante, induit de façon indirecte une différence de traitement, un désavantage pour une catégorie de salariés. L'article 1, alinéa 2 de la loi du 27 mai 2008²³⁶ prévoit que la discrimination indirecte peut être justifiée si la pratique en cause a un objectif légitime, et que les moyens mis en œuvre sont nécessaires et appropriés. Il s'agit ici de la transposition directe de l'article 2-b des directives n° 2000/78 et 2000/43. La

²³⁰ Art. L. 1133-3 et L. 1133-4 du Code du travail.

²³¹ Art. L. 1142-2 et R. 1142-1 du Code du travail.

²³² Art. L. 1142-1 et s. du Code du travail.

²³³ « Clarifier le cadre juridique de la lutte contre les discriminations au travail », RDT 2012.128.

²³⁴ CJCE, 10 juillet 2008, Feryn, n° C-54/07, D. 2008, Pan. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt.

²³⁵ Article 1 de la loi du 27 mai 2008, n° 2008-496 transposant des dispositions du droit communautaire relatives à la discrimination au sein de la législation nationale.

²³⁶ Loi n° 2008-496 préc.

rédaction est similaire, les textes européens précisent qu'il est nécessaire que « *cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ». Il y a donc bien la nécessité d'un objectif légitime, et de moyens appropriés et nécessaires. La Cour de cassation a posé l'obligation pour les juges du fond de vérifier la présence ou non d'une discrimination indirecte²³⁷. En revanche, le texte ne reprend pas le paragraphe 5 de l'article 2 de la directive n° 2000/78 prévoyant la possibilité pour un Etat de prendre des mesures qui ne sauraient être qualifiées de discriminantes, dès lors qu'elles sont « *prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

L'article deux de la loi prévoit une exception pour les discriminations directes et indirectes relatives aux éléments suivants, à savoir le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge, l'orientation ou identité sexuelle, la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, ou le lieu de résidence, dès lors que la différence de traitement répond à une « *répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». Il reprend ainsi le libellé de l'article 4 commun aux directives 2000/78 et 2000/43 qui précise que « *ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ». Il faut toutefois noter que le texte français omet la référence à l'activité professionnelle ou aux conditions de son exercice. Cette exception n'est toutefois pas prévue par le texte européen sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Au niveau européen, la Cour de Justice de l'Union Européenne est régulièrement saisie de ces questions relatives à l'interprétation de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ainsi que sur le fondement de la directive n° 2000/43 du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, notamment pour le recrutement. Rappelons que la directive européenne, pour produire ses effets juridiques, doit être transposée dans les droits nationaux par les états membres. Toutefois, la Cour de justice leur reconnaît parfois un effet direct afin de protéger les droits des particuliers, notamment si elle est claire, précise, inconditionnelle et si le pays de l'UE n'a pas transposé la directive dans les délais²³⁸. Cependant, l'effet direct d'une directive ne peut être que de nature verticale²³⁹, ce qui signifie qu'elles s'imposent aux pays de l'UE mais ne peuvent pas être invoquées par les pays de l'UE contre un particulier²⁴⁰. Autrement dit, un particulier ne peut invoquer le texte à l'encontre d'un autre particulier²⁴¹. Elle a ainsi par exemple examiné et confirmé la validité d'une discrimination liée à l'âge pour les services des pompiers allemands. L'accès des candidats de plus de 30 ans à cette fonction était exclu. La Cour a ainsi estimé que la condition physique nécessaire à cette

²³⁷ Cas. soc. 30 septembre 2013, n° 12-14.752.

²³⁸ CJCE, 4 décembre 1974, Yvonne Van Duyn c/ Home office, 41-74.

²³⁹ L'effet direct revêt deux formes, verticale et/ou horizontale. L'effet direct vertical permet aux particuliers de se prévaloir d'une norme européenne vis-à-vis du pays. L'effet direct horizontal signifie qu'un particulier peut se prévaloir d'une norme européenne vis-à-vis d'un autre particulier.

²⁴⁰ CJCE, 5 avril 1979, Ministère public c/ Tullio Ratti, affaire 148/78.

²⁴¹ CJCE, 14 juillet 1994, Paola Faccini Dori c. Recreb Srl, C-91/92.

fonction justifiait cette discrimination²⁴². Elle s'est aussi prononcée sur l'âge maximal des dentistes allemands conventionnés fixés à 68 ans, en affirmant qu'il appartenait au juge national de déterminer l'objectif poursuivi par cette mesure et d'en vérifier la conformité avec la directive 2000/78²⁴³. Nous reviendrons sur ces jurisprudences plus en détail dans notre seconde partie²⁴⁴. Pour mémoire, selon certains auteurs, la protection accordée par l'interdiction de toute discrimination serait déjà dépassée, par l'avènement « *du principe d'égalité, toute différence entre les salariés d'une entreprise devra être justifiée* »²⁴⁵.

Section 3. La coordination des textes

Les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 § 2 du Code du travail posent le principe d'une possibilité d'atteinte à une liberté individuelle, alors que les articles L. 1132-1 et L. 1321-3 §3 énoncent une interdiction de porter atteinte à celles-ci sous réserve d'exceptions. Il est donc indispensable qu'il y ait une bonne appréhension de ces deux textes. Comme indiqué précédemment, le champ d'application de ces deux articles n'est pas totalement identique. Les deux régimes ne se recouvrent pas totalement, puisque la discrimination peut être constituée par une atteinte à une liberté individuelle²⁴⁶, mais pas uniquement²⁴⁷. Et une atteinte à une liberté individuelle ne constitue pas toujours une discrimination²⁴⁸ comme nous l'avons déjà mentionné.

L'article L. 1321-3 est d'ailleurs un exemple, un condensé de cette difficulté car son second paragraphe prévoit que le règlement intérieur ne peut apporter des restrictions aux droits et libertés qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche, ni proportionnées. Cela inclut bien sûr la liberté religieuse, politique, syndicale. Le troisième paragraphe interdit toute disposition discriminante reposant par exemple sur la liberté religieuse, la liberté syndicale ou politique. A la lecture de cet article, la question pourrait se poser de savoir si la présence des libertés citées expressément dans le troisième paragraphe ne les exclut pas d'office de l'application du second paragraphe. De même, la citation des libertés religieuse et d'expression par l'article 1 de la loi du 27 mai 2008, ne les exclurait-elle pas de l'application de l'article L. 1121-1 ? Une mesure prise pour imposer le port d'un vêtement uniforme à l'ensemble des salariés en contact avec les clients porte atteinte à plusieurs libertés fondamentales notamment religieuse et d'expression (politique par exemple) relève-t-elle de l'article L. 1121-1 ou L. 1132-1 ? La question est d'autant plus importante que les cas d'exonérations prévus ne sont pas totalement identiques. De plus, la notion de discrimination indirecte élargit considérablement le champ d'application de la discrimination elle-même.

Concrètement, un employeur peut restreindre la liberté vestimentaire de ses salariés pour des raisons commerciales en leur imposant le port d'un uniforme, conformément à l'article L. 1121-1, ne prévoyant pas de chapeau, casquette, voile ou tout autre couvre-chef. Toutefois, si un salarié de religion sikh refuse d'enlever son turban et se voit sanctionner, il pourra dès lors se

²⁴² CJUE, gde ch. 12 janvier 2012, aff. C-229/08, Wolf c/Stadt Frankfurt am Main, commentaire J. Cavallini, JCP S n° 8, 23 février 2010, 1080.

²⁴³ CJUE, gde ch. 12 janvier 2010, aff. C-341/08, Petersenc/Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen – Lippe et a., commentaire J. Cavallini, JCP S n° 8, 23 février 2010, 1081.

²⁴⁴ Chapitre 2, section 1.

²⁴⁵ Ph. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié », éd. Liaisons, préc., p. 163, et S. Van der Vlist, « Les fondements juridiques du principe d'égalité de traitement », Semaine Juridique Sociale, n° 7-8, 17 février 2015, 1055.

²⁴⁶ L'article L. 1132-1 fait référence notamment aux convictions politiques et religieuses.

²⁴⁷ L'appartenance vraie ou supposée à une ethnie ne constitue en rien une liberté individuelle.

²⁴⁸ L'atteinte à la liberté d'expression (Cf. partie 2) ne fait pas partie des discriminations, à moins qu'elle ne porte éventuellement sur un élément cité par l'article L. 1132-1 du Code du travail, politique, syndical, religieux, etc...

placer sous la protection de l'article L. 1132-1 en invoquant une discrimination à l'égard d'un groupe spécifique, à savoir, les salariés dont les croyances religieuses imposent de se couvrir la tête, ce qui est le cas pour de nombreuses religions. Les salariés athées ou relevant d'autres fois ne subiront pas cette contrainte, ce traitement différencié. Si l'employeur considère que par son règlement intérieur imposant à tous ses salariés une tenue similaire, quelle que soit leur religion, il ne pratique aucune discrimination, puisque chacun est traité de façon identique, les salariés rétorqueront que la renonciation au couvre-chef est loin d'être identique en termes de conséquence. En réalité, en imposant une tenue identique à ses salariés, l'employeur porte davantage atteinte à la liberté d'expression au travers du code vestimentaire dans son ensemble, et non uniquement à la manifestation de la liberté religieuse. En effet, un salarié qui aurait souhaité manifester ses opinions politiques, philosophiques ou syndicales se verrait lui aussi restreindre ses possibilités d'expression²⁴⁹. Or la discrimination prohibe de traiter de façons différentes des salariés situés dans les mêmes conditions²⁵⁰, en se fondant sur des critères de prise de décision illicites. Pour se rattacher à l'article L. 1132-1, la salariée doit démontrer qu'elle a été sanctionnée en raison de sa religion, qu'elle a été « *traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable* »²⁵¹. La preuve doit être apportée d'une différence de traitement au regard de salariés de sa confession ou d'autres confessions. Elle pourrait donc invoquer la comparaison avec d'autres religions n'imposant pas de coiffes spécifiques. Le champ de la discrimination directe ou indirecte est tellement vaste, qu'il semble en réalité difficile d'y échapper. Dans le cas contraire, il s'agit en réalité d'une atteinte à une liberté individuelle, la liberté de manifester sa foi, qui doit alors s'apprécier au regard des exigences de l'article L. 1121-1 ou L. 1321-3 du Code du travail. Dès lors, le texte est plus souple puisque l'employeur doit répondre à un objectif de finalité au regard de la tâche à accomplir et de proportionnalité au but recherché.

Les justifications légales sont elles aussi différentes. L'article L. 1121-1 dispose que la restriction soit justifiée « *par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.* » Concernant la discrimination, elle peut être justifiée lorsque la pratique mise en cause répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée²⁵². Certes, il existe d'autres cas de justification de discrimination, notamment sous certaines conditions énoncées précédemment tel que l'âge, le handicap et l'inaptitude, ainsi que des exceptions permanentes pour certaines fonctions, pour la paternité et la maternité, etc... Il n'en demeure pas moins que les conditions posées par l'article L. 1133-1 du Code sont plus restrictives.

Concernant la discrimination indirecte, la loi du 27 mai 2008 n° 2008-496 dans son article 1 dispose que celle-ci peut être justifiée si elle est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne sont nécessaires et appropriés. Le texte s'éloigne des justifications de la discrimination directe et se rapproche davantage de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Concrètement, cela signifie que la discrimination indirecte peut se voir justifier plus facilement que la discrimination directe.

²⁴⁹ V. les conclusions de l'Avocate générale Kokott, 31 mai 2016, Samira Achbita
Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre
G4S Secure Solutions NV C-157/15, § 48 et s.

²⁵⁰ Cf. CJUE 27 janvier 2005 C-422/02P, Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes point n° 33.

²⁵¹ Art. 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, n° 2008-496 préc.

²⁵² Art. L. 1133-1 du Code du travail.

Il faut cependant nuancer cette dernière remarque car l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 n°2008-496 reprend toutefois dans son troisième paragraphe la justification d'une discrimination directe ou indirecte par « *une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* » en matière de discrimination sexuelle, ethnique ou raciale, religieuse, d'âge, de handicap, d'orientation sexuelle ou de lieu de résidence pour l'affiliation syndicale, l'emploi, l'accès à l'emploi, la formation professionnelle, conditions de travail et promotion.

En définitive, l'employeur devra, lorsqu'il souhaite limiter une liberté individuelle, s'interroger sur l'éventualité d'une discrimination, même indirecte, dont le régime est pour le coup, beaucoup plus sévère, même si des dérogations à la prohibition existent. Ce point sera d'autant plus sensible s'il s'agit d'une liberté fondamentale. Concrètement, il devra s'interroger sur l'impact d'une décision de restriction d'une liberté et si celui-ci ne peut se rattacher aux critères illicites énoncés par l'article L.1132-1 du Code du travail, que ce soit de manière directe ou indirecte. Or, il est aisé de constater à la lecture de celui-ci que les éléments cités sont fort nombreux, puisqu'outre les critères classiques liés à la religion, au sexe, aux opinions, le législateur y a intégré les caractéristiques génétiques par exemple.

L'entreprise risque donc fréquemment, de prendre des mesures discriminatoires, sans même en avoir conscience. Si tel était le cas, sa marge de manœuvre se verrait extrêmement réduite au vu des conditions posées pour accepter une justification d'une discrimination. L'article L. 1121-1 devient en quelque sorte inopérant. La question essentielle que devra résoudre le juge en matière de discrimination sera de créer la liste des « *exigences professionnelles essentielles et déterminantes* », ainsi que des objectifs légitimes. La proximité du client, le face à face physique avec celui-ci, voire la demande du client sera-t-il considéré comme un fait justificatif ? C'est l'un des points que nous aborderons dans notre seconde partie.

En conclusion, le juge dispose de deux familles d'outils créés par le législateur pour encadrer le pouvoir du chef d'entreprise à l'égard de l'exercice des libertés des salariés. D'une part les articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du Code du travail qui lui interdisent toute décision arbitraire et une nécessaire proportionnalité dans l'action. D'autre part, les articles L. 1132-1 et s. qui lui interdisent de tenir compte de certains critères dans la prise de décision, dont l'exercice de certaines libertés par les salariés. A cela, le juge va rajouter un autre instrument, mais davantage au bénéfice de l'entreprise, à savoir la notion de troubles objectifs.

Chapitre 3. Les troubles objectifs causés à l'entreprise, une construction jurisprudentielle portant atteinte aux libertés du salarié

Dès lors que l'employeur respecte les textes précités, il peut limiter certaines libertés du salarié et sanctionner celui qui les aurait enfreints. Il apparaît alors une difficulté relative au motif du licenciement, difficulté corrélée au fait que les actes commis peuvent l'être en dehors du temps de travail. En effet, les faits commis au cours de la vie personnelle du salarié ne peuvent, comme nous allons le voir, entraîner une sanction disciplinaire²⁵³. Le salarié retrouve à la sortie de l'entreprise le plein exercice de ses libertés. Une exception réside dans l'atteinte à l'obligation de loyauté à l'égard de son employeur. Depuis une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 mai 2011²⁵⁴, le principe est clairement posé selon lequel « *un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* ». Le salarié doit toujours agir de manière loyale à l'égard de son entreprise, c'est-à-dire dans l'intérêt de celle-ci.

Toutefois, lorsque les actes du salarié ne constituent pas une violation de ses obligations contractuelles, mais portent atteinte aux intérêts de l'entreprise, celle-ci dispose d'un autre moyen de défense. En effet, le juge a élaboré un fondement, encadrant la motivation de l'entreprise dans le cadre d'une sanction pour cette catégorie d'actes. Il s'agit de la notion de troubles objectifs.

L'employeur peut donc limiter les libertés d'un salarié dès lors qu'il respecte les dispositions des articles L. 1121-1 et L. 1132-1 du Code du travail. S'il souhaite sanctionner le non-respect de l'obligation imposée aux salariés, il devra justifier sa décision soit par une faute disciplinaire, soit par la notion de troubles objectifs. Plus précisément, soit les agissements du salarié notamment au regard du client, sont en relation avec son activité professionnelle et constituent une violation de ses obligations contractuelles et la notion de faute, de sanction disciplinaire, peut être invoquée, soit les faits sont du ressort de la vie personnelle, sans violation d'obligations contractuelles liées au contrat de travail, et c'est la notion de troubles objectifs qui pourra être utilisée²⁵⁵.

Cette notion de troubles objectifs n'est pas définie de façon précise, et suggère notamment une atteinte à l'image de l'entreprise auprès des clients. Concrètement, les juges, en précisant leur jurisprudence sur le licenciement pour motif disciplinaire, ont assez rapidement pris conscience qu'il n'était pas possible de sanctionner un salarié sur ce fondement, alors même qu'il n'était plus dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi est apparue la notion de troubles objectifs²⁵⁶. Parallèlement, le juge fut amené à définir les contours de la vie personnelle et de la vie professionnelle du salarié. Le professeur Despax, en 1963, appréhendait déjà cette question en constatant qu'en dehors du temps de travail, « *la condition salariale est comme estompée mais elle reste toujours présente* »²⁵⁷. En effet, une faute ne pouvant se produire que dans le champ de la vie professionnelle (à l'exception d'une violation d'une obligation de loyauté ou de

²⁵³ Cass. soc. 9 mars 2011, n° 09-42150, Bull. civ. V, n° 69, JCP S 2011, n° 1230, obs. J. Mouly.

²⁵⁴ N° 09-67464, Bull. civ. V, n° 105, JCP S 2011, n° 1312, obs. D. Corrigan-Carsin.

²⁵⁵ En pratique, la jurisprudence de la Cour de cassation a parfois souffert d'instabilité sur le sujet, Cf. Ph. Waquet, « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à définir », RDT, 2006, p. 304.

²⁵⁶ Cf. Ph. Waquet, préc., p. 304

²⁵⁷ Cf. M. Despax, « la vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », JCP 1963, I, n° 1776.

discrétion), la définition du concept était obligatoire. Nous avons donc assisté à la définition simultanée de la notion de trouble objectif, de vie professionnelle et personnelle, par le juge.

Les notions d'atteinte à l'image de l'entreprise et de troubles objectifs causés à l'entreprise sont en pratique très proches et permettent à l'employeur d'élargir le champ de restriction des libertés du salarié afin de protéger son entreprise. La seule difficulté résidait (c'est encore le cas) pour lui, dans le choix de la nature du licenciement. Il est nécessaire de discerner si les actes du salarié ont été commis au cours de sa vie professionnelle ou personnelle. Dans tous les cas, ce n'est pas le comportement en tant que tel qui est finalement la cause du licenciement, mais bien le trouble qui en résulte. Cette notion de trouble objectif constitue l'un des moyens de protection les plus efficaces de l'entreprise, car elle n'est pas strictement définie et pour l'instant, n'a pas à être strictement démontrée. Le juge se contente généralement de constater que les faits produisent ou peuvent produire un trouble au sein de l'entreprise sans contrôler la réalité de ceux-ci, comme nous allons l'observer.

Dans un premier temps, le juge a limité son raisonnement en appliquant un licenciement disciplinaire, invoquant notamment la publicité des faits, puis c'est la notion de trouble objectif au sein de l'entreprise qui sera utilisée. Cela a permis d'élargir le champ de contrôle de l'employeur, en l'autorisant d'invoquer le risque que les pratiques contestées « *portent atteinte à l'image de l'entreprise* », alors même que le public, les clients n'ont pas connaissance des faits, ou tout du moins, il n'est pas exigé que l'employeur en apporte la preuve. Le juge permet ainsi à l'employeur d'agir de façon préventive. Il faut toutefois noter un second champ possible d'action de l'employeur par le biais de l'obligation de loyauté, qui le replace sur le terrain disciplinaire. L'employeur peut s'appuyer sur le non-respect de celle-ci pour justifier un licenciement, dès lors que le salarié ne l'informe pas de faits en rapport avec sa fonction. La chambre sociale de la cour de cassation dans une décision du 29 septembre 2014²⁵⁸, a confirmé le bien fondé du licenciement d'un médecin conseil de la CNAMTS, mise en examen, avec publication dans la presse, pour escroquerie en bande organisée pour des faits intéressants le paiement de prestations de la sécurité sociale, en raison de la rupture de son obligation de loyauté envers son employeur. Cette rupture était fondée sur l'absence d'information de son employeur de cette mise en examen, même si celui-ci était à l'origine de la plainte, dès lors que ce fait était de nature à avoir une incidence sur l'exercice de ses fonctions. Contrairement à la notion de troubles objectifs, ce n'est pas ici l'existence de la mise en examen, mais l'absence de révélation à l'employeur qui est reprochée.

Enfin, il s'agit ici d'un glissement insidieux de la part de la jurisprudence qui permet à l'employeur de contrôler plus étroitement le comportement, l'exercice des libertés du salarié en recourant à une notion ne nécessitant pas une démonstration trop ardue et qui permet d'agir de façon préventive.

Nous étudierons donc dans un premier cette notion de troubles objectifs, puis constaterons dans un second temps que la notion sous-jacente d'atteinte à l'image de l'entreprise permet à cette dernière d'accroître sa protection.

²⁵⁸ N° 13-13661.

Section 1. Une protection forte de l'entreprise : la notion de troubles objectifs

Pour mémoire, rappelons que c'est une loi du 13 juillet 1973 qui imposa l'obligation d'une cause réelle et sérieuse au licenciement. Puis une nouvelle loi du 2 août 1989 obligea l'employeur à énoncer les motifs du licenciement, quelle que soit la nature de celui-ci. Nous verrons dans un premier temps la construction de cette notion de troubles puis son extension, notamment vers l'atteinte à l'image de l'entreprise.

I. La construction du concept de troubles objectifs et la délimitation du champ de la vie professionnelle.

Progressivement, le juge prit conscience que l'entreprise ne pouvait sanctionner de façon disciplinaire des faits ne se rattachant pas à sa vie professionnelle et ne constituant pas une violation de ses obligations contractuelles, alors même qu'ils étaient contraires aux intérêts de l'entreprise. D'autre part, le champ de la vie professionnelle du salarié dut être défini.

A. La construction du concept de troubles objectifs

Pendant longtemps, la Cour de cassation a donc utilisé la notion de faute pour justifier des licenciements d'un salarié se trouvant en opposition d'intérêt avec son entreprise, notamment par des actes effectués hors du lieu et du temps de travail. Toutefois, il est rapidement apparu que cette position ne pouvait être maintenue. En effet, un salarié ne manquait pas à ses obligations contractuelles envers son employeur, dès lors qu'il se contentait d'exercer sans en abuser une liberté dont il était titulaire, au cours de sa vie personnelle. Il est devenu indispensable pour le juge de trouver un nouveau fondement au licenciement, afin de scinder le licenciement disciplinaire du licenciement pour certains comportements relevant de la vie personnelle, tout en permettant à l'entreprise de se séparer d'un salarié qui portait atteinte à ses intérêts. La Cour de cassation a alors dessiné progressivement la notion de troubles objectifs, comme le rappelle M. le doyen Ph. Waquet²⁵⁹, dans un contexte plus large de construction par la jurisprudence, des notions de licenciement.

L'employeur disposait déjà de la possibilité d'appréhender des actes commis par le salarié au cours de sa vie personnelle et de les sanctionner à l'aube des années 1980. Ainsi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation²⁶⁰ dans une décision du 19 mai 1978, confirmait la validité du licenciement d'une institutrice, employée par une institution religieuse, en raison de son remariage après divorce. Cette décision d'ailleurs porte en elle les prémices des évolutions ultérieures. En effet, l'Assemblée plénière va justifier son raisonnement par l'intégration au sein du contrat de travail d'une clause certes non écrite, mais déterminante, relative aux convictions religieuses de l'institutrice. Elle précisait que cet élément était une « partie essentielle et déterminante » du contrat. Utilisant les principes généraux du droit des contrats, elle a estimé qu'il s'agissait là d'un élément substantiel dont le respect était obligatoire, tout en notant qu'habituellement, cet élément restait en-dehors des rapports de travail.

Il y a bien ici une application d'une sanction disciplinaire pour non-respect d'un élément, certes non stipulé par écrit, mais prévu par les parties. La véritable originalité (toute relative) de la décision réside dans la reconnaissance d'une clause non écrite au sein d'un contrat de travail,

²⁵⁹ Cf. « le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à redéfinir », RDT n° 5, 1/11/2006 ; « Trouble objectif : le retour à la case « départ » », Semaine Sociale Lamy n° 1310, 4/06/2007.

²⁶⁰ Ass. Plén. du 19 mai 1978, n° de pourvoi 76-41211.

relative au comportement du salarié au cours de sa vie personnelle. Il faut aussi noter que l'Assemblée plénière prend soin d'observer que l'employeur « *avait agi en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise, en lui conservant (...) sa réputation* ». La notion d'atteinte à l'image est déjà présente, ainsi qu'en filigrane celle de trouble objectif au sein de l'entreprise.

L'évolution ne va finalement pas tant se faire sur le champ d'appréhension par l'employeur de la vie personnelle du salarié, mais davantage sur les fondements utilisés par le juge pour encadrer et expliciter la sanction. Le juge ne remet pas en cause le droit de l'employeur de protéger l'image de son entreprise auprès des clients, mais conçoit une théorie lui permettant de justifier cette intervention. Concrètement, le pouvoir de l'employeur semble être davantage contenu par la conception de la notion de troubles objectifs, mais il ne s'agit là que d'un effet en trompe-l'œil. Les fondements changent mais la capacité de sanction demeure. Dès lors, si le but que s'était fixée la Chambre sociale était de garantir « *à la fois la liberté du salarié dans l'entreprise et en-dehors de l'entreprise, et l'intérêt de l'entreprise* »²⁶¹ en essayant de parvenir à un plus juste équilibre, la notion de trouble objectif en soi, n'a pas été d'une grande aide.

Cette notion, de création uniquement jurisprudentielle, transparait au travers d'une décision du 12 mars 1991²⁶². M. Picquart occupant une fonction importante au sein de son entreprise le mettant en relation avec des administrations, des collectivités et d'autres entreprises, s'est vu poursuivi devant le tribunal correctionnel en raison de faits commis lors de son précédent emploi, au regard du droit des sociétés. Cette affaire fut reprise par la presse locale et le salarié condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis dans un premier temps. Son employeur le licencia alors même qu'un appel de sa condamnation était en cours, appel qui a abouti à l'annulation de sa condamnation. La Cour de cassation examinant la validité du licenciement, avait repris les constatations de la Cour d'appel, selon laquelle cette situation était de nature à entraver la marche de l'entreprise. Elle fait référence à la fonction de représentation de l'entreprise par le salarié. La chambre sociale n'utilise pas les termes de troubles objectifs mais d'éléments objectifs justifiant la rupture du contrat.

Dans la décision du 17 avril 1991 portant sur un salarié aide sacristain d'une association religieuse, licencié en raison de son homosexualité, la Cour confirme l'utilisation de cette notion de troubles objectifs²⁶³. Elle précisera qu'un licenciement ne peut être justifié au regard du comportement du salarié que s'il génère un trouble caractérisé au sein de l'organisation qui l'emploie, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité de l'entreprise²⁶⁴. En l'occurrence, le trouble n'était pas ici démontré. Le critère de la fonction est toujours présent. Comme le note fort justement Ch. Mathieu, cette décision montre déjà la distinction entre une

²⁶¹ Ph. Waquet, « « Le trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à définir », Revue de droit du travail 2006, p. 304.

²⁶² Cass. soc. 12 mars 1991, Bull. civ. V, n° 120.

²⁶³ Cass. soc. 17 avril 1991, Bull. civ. V, n° 201.

²⁶⁴ Il est intéressant de faire la comparaison avec deux affaires plus récentes (CEDH, 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne* n° 425/03 et *Schüth c. Allemagne* n° 1620/03) dont la Cour européenne des droits de l'homme avait eu à traiter concernant non pas l'orientation sexuelle d'un salarié mais sa conduite adultérine, alors qu'il était employé par une association religieuse. Dans le premier cas, il s'agissait d'un directeur pour l'Europe au département des relations publiques, et la Cour relève « que les juridictions du travail ont suffisamment démontré que les obligations de loyauté imposées au requérant étaient acceptables en ce qu'elles avaient pour but de préserver la crédibilité de l'église mormone ». Et qu'en outre, la position du salarié le soumettait à « des obligations de loyauté accrues ». Dans la seconde affaire, le juge allemand avait estimé que la paroisse ne pouvait continuer à employer un musicien sans perdre toute crédibilité ». La Cour considèrera dans cette affaire que le juge avait pratiqué un examen trop restreint de la situation, sans toutefois s'opposer par principe au licenciement. Dans ces deux affaires, il y a bien un trouble objectif apporté à l'entreprise, et plus globalement à son image.

sanction fondée sur l'exercice d'une liberté fondamentale et « *celle fondée sur ses répercussions* »²⁶⁵.

Le 20 novembre 1991, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme le licenciement d'un agent de surveillance, qui avait été interpellé hors de son temps de travail dans un centre commercial, client de son employeur, au cours d'un vol. La Cour a considéré que le licenciement était justifié dès lors que « *le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* »²⁶⁶. La chambre sociale introduit ici les éléments de la fonction et de la finalité de l'entreprise. Comme nous le verrons ultérieurement, le juge évoque un trouble au sein de l'entreprise, alors même que l'on aurait imaginé une atteinte à l'image, c'est-à-dire un trouble apporté à l'entreprise.

En 1992, la Cour de cassation confirme son approche dans l'arrêt Rossard. Une secrétaire d'un concessionnaire Renault qui avait acheté un véhicule d'une marque directement concurrente s'était vue licencier. Cette décision fut annulée par la Cour de cassation au motif que la Cour d'appel n'avait relevé aucun trouble objectif apporté à l'entreprise par le comportement incriminé de la salariée²⁶⁷. Toujours en 1992, la chambre sociale annule le licenciement d'un cadre d'une banque, basé sur l'émission de chèque sans provision, en raison de l'absence de « *trouble objectif caractérisé* » démontré au sein de l'entreprise²⁶⁸. Elle ne fait toutefois pas référence à la nature du licenciement, qui est ici disciplinaire. A partir de 1997, la jurisprudence de la Cour de cassation est clairement posée. Seul un trouble objectif et caractérisé causé dans l'entreprise par le comportement du salarié, relevant de sa vie personnelle, peut autoriser un licenciement, mais uniquement pour motif non disciplinaire²⁶⁹. En outre, le juge tient compte de la fonction du salarié et de la finalité de l'entreprise. Comme le relève J. Mouly, « *les juges entendaient ainsi ériger une frontière sinon infranchissable, au moins efficace entre la vie privée du salarié et sa vie professionnelle* »²⁷⁰. Ainsi, dans une décision du 16 décembre 1998²⁷¹, la Cour de cassation a considéré que les motifs tirés de la vie personnelle d'un employé de banque, à savoir son insolvabilité suite à des emprunts excessifs malgré son engagement envers son employeur de ne plus s'endetter, ne justifiaient pas la décision de licenciement, car « *les motifs allégués étaient tirés de la vie personnelle du salarié et (...) qu'elle n'avait relevé aucun trouble objectif caractérisé apporté à l'entreprise par le comportement de ce dernier* ».

Certes, la chambre sociale a parfois identifié à nouveau trouble objectif et faute du salarié²⁷² comme l'ont démontré J. Mouly et Ph. Waquet²⁷³ entraînant une perte de clarté et de compréhension de la jurisprudence, mais la distinction des deux notions demeure le plus souvent²⁷⁴. Dans une décision du 2 décembre 2002²⁷⁵, la chambre sociale confirme le licenciement pour faute grave d'un salarié commercial de la société Lesieur auprès de la grande

²⁶⁵ Ch. Mathieur, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT. 2012.17.

²⁶⁶ Cass. soc. 20 novembre 1991, bull. civ. V, n° 512, pourvoi n° 89-44605.

²⁶⁷ Cass. soc. 22 janvier 1992, n° 90-42517, Bull. civ. V, n° 30.

²⁶⁸ 30 juin 1992, n° : 89-43840.

²⁶⁹ Cass. soc. 16 décembre 1997 Bull. civ. V n° 441 ; Cass. soc. 16 décembre 1998 Bull. civ. V n° 559 ; Cass. soc. 29 mai 2001, Bull. civ. V, n° 183.

²⁷⁰ J. Mouly, « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », Dr. soc. 2006, p. 839.

²⁷¹ Publiée au bulletin, pourvoi n° 96-43540.

²⁷² « Le trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à définir ; Ph. Waquet, RDT, 2006, p. 304.

²⁷³ Préc.

²⁷⁴ En ce sens Ph. Waquet préc.

²⁷⁵ JCP E n° 28, 10 juillet 2003, 1076, note C. Puigelier.

distribution, au motif qu'en dehors de son temps de travail, ce dernier avait été pris en flagrant délit de vol chez l'un de ses clients, un magasin Cora. Suite à cet agissement, le groupe Cora avait refusé de poursuivre des relations avec ce représentant commercial dans l'ensemble de ses 56 magasins. La société Lesieur avait alors procédé au licenciement disciplinaire pour faute grave, en motivant sa décision par l'atteinte à l'image de l'entreprise et le trouble caractérisé au sein de l'entreprise.

En revanche, à l'occasion de la contestation d'un licenciement survenu suite à une altercation hors du lieu de travail et du temps de travail entre deux concubins, tous les deux salariés de la même entreprise ayant entraîné une plainte, une arrestation du concubin dans l'entreprise et sa condamnation pénale, la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 juillet 2002²⁷⁶, réitère son principe selon lequel « *il ne peut être procédé à un licenciement pour un fait tiré de la vie privée du salarié, il en va autrement lorsque le comportement de celui-ci crée un trouble caractérisé au sein de l'entreprise* ». En l'espèce, la Cour avait donné raison à l'employeur ayant licencié le concubin au motif que le concubin s'étant fait arrêté sur son lieu de travail, l'employeur pouvait légitimement craindre d'autres incidents et qu'en outre, ce comportement avait généré un trouble caractérisé. Dans une décision du 25 janvier 2006 relative au licenciement d'une salariée, cadre commerciale au sein du Crédit agricole, et impliquée dans une affaire de vol et trafic de véhicules, la Cour de cassation a affirmé qu'en présence d'une fonction nécessitant une « *obligation particulière de probité* », le comportement de la salariée générant un trouble caractérisé au sein de l'entreprise, justifiait son licenciement pour faute grave. La Cour fait d'ailleurs régulièrement référence à la notion de trouble caractérisé, au regard des fonctions du salarié et de la finalité de l'entreprise²⁷⁷.

Dans un arrêt de la chambre mixte du 18 mai 2007, la Cour de cassation a réaffirmé de façon très claire qu'un « *trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu* »²⁷⁸, remettant ainsi en lumière la cohérence de sa construction jurisprudentielle. Rappelons qu'en l'espèce, un chauffeur de direction d'une société s'était fait adresser sur son lieu de travail sous enveloppe comportant uniquement son nom et sa fonction, une revue destinée à des couples échangistes. Conformément à l'usage, l'enveloppe avait été ouverte par le service du courrier puis déposée avec son contenu au standard, à l'attention de son destinataire. Des employés s'étaient alors offusqués de la présence de ce magazine dans un lieu de passage. La Cour d'appel avait pour sa part, considéré que le document « *particulièrement obscène, avait provoqué un trouble dans l'entreprise, porté atteinte à son image de marque et eu inmanquablement un retentissement certain sur la personne même de son directeur, dont M. X. était le chauffeur et donc un proche collaborateur* »²⁷⁹. La Cour de cassation a précisé que la réception d'une revue par le salarié sur son lieu de travail ne constituait pas en soi un manquement à ses obligations professionnelles, et qu'en outre, l'employeur ne pouvait sanctionner un salarié sur la base du contenu d'une correspondance privée sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié. Enfin, elle a rejeté la notion de troubles objectifs, car celui-

²⁷⁶ N° 00-45068, non publié.

²⁷⁷ Cf. Cass. soc. 3 décembre 2002 préc. « qu'en principe un salarié ne peut être licencié pour une cause tirée de sa vie privée sauf si son comportement crée un trouble caractérisé compte tenu de sa fonction et de la finalité de celle-ci » ; Cass. soc. 25 janvier 2006, préc. « Mais attendu que si en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie personnelle, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ».

²⁷⁸ Cass., ch. Mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40803, publié au bulletin.

²⁷⁹ CA Nancy, 6 décembre 2004.

ci ne permet pas « *en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu* ».

Dans une décision du 23 juin 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation poursuit son explication et sa clarification de la ligne de partage²⁸⁰. En l'espèce, une salariée d'une société était également trésorière bénévole d'une association, siégeait dans les locaux même de la société qui l'emploie. Sa fonction de trésorière était exercée sur son lieu et pendant son temps de travail. Elle soustrait 400 € en espèces de la caisse de l'association et place un chèque de 200 € en garantie. Elle ajoute sur un « *post-it* » que cette somme est compensée par une avance qui lui aurait été faite sur son salaire. Les faits ont été assimilés à un détournement de fonds au détriment de l'association et la salariée fut licenciée pour faute grave. La Cour d'appel confirma le bien fondé du licenciement disciplinaire en considérant que les faits avaient été commis pendant le temps de travail, sur le lieu de travail, que la faute était en relation avec l'activité salariée et que cet acte causait un trouble grave au sein de l'entreprise. La Chambre sociale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt sans renvoi, considérant que le licenciement comme sans cause réelle et sérieuse. La Cour de cassation utilise le critère unique du manquement aux obligations professionnelles. La salariée ne pouvait être sanctionnée, car « *les faits reprochés (...) ne constituaient pas des manquements à ses obligations professionnelles* ». La Cour ne retient ni le fait que ces actes aient été commis sur le lieu de travail et pendant le temps de travail, ni l'existence d'un trouble au sein de l'entreprise. Cette position permet donc de mieux cerner les obligations du salarié que ce soit pendant son travail, et semble-t-il aussi au cours de sa vie personnelle. En effet, le manquement à ses obligations professionnelles peut se concevoir en dehors de son temps de travail et de son lieu de travail. L'employeur peut avoir recours au manquement à l'obligation de loyauté et/ou d'un abus de sa liberté d'expression au cours de sa vie personnelle. Or ce critère de loyauté est aussi un moyen de contrôle de l'employeur du comportement du salarié hors de son temps de travail. Dans l'arrêt du 23 juin 2009, la Cour n'utilise toutefois pas cette référence. L'employeur peut donc se référer à la notion de risque uniquement.

Plus récemment, un éducateur spécialisé avait été licencié pour faute grave pour des faits de manquements à l'honneur, la probité et la délicatesse, commis pendant un arrêt de travail pour maladie, avec condamnation pénale définitive. La Cour d'appel avait confirmé le licenciement au motif que la condamnation pénale, fait relevant de la vie personnelle « *caractérisait un manquement aux obligations professionnelles du salarié, lequel avait perdu toute crédibilité et légitimité* » au sein de son association. La Cour de cassation a censuré cette décision en rappelant « *qu'un fait de la vie privée ne peut donner lieu à sanction disciplinaire mais seulement à un licenciement justifié éventuellement par le trouble causé à l'entreprise* »²⁸¹.

Dans un revirement daté du 3 mai 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que la perte du permis pour un salarié utilisant un véhicule dans le cadre de sa fonction, suite à une infraction routière commise au cours de sa vie personnelle, ne peut entraîner par son employeur un licenciement pour motif disciplinaire. Il n'y a ici, selon la chambre sociale, aucune violation de ses obligations contractuelles²⁸². Dans un arrêt du 11 avril 2012²⁸³, la Cour de cassation considère que le comportement d'un directeur de foyers pour migrants, logé par son employeur, qui ne payait plus ses loyers depuis 14 mois, malgré les procédures

²⁸⁰ Cf. Ch. Mathieu-Géniaut, « Vers une clarification entre vie personnelle et vie professionnelle ? » Revue de droit du travail Dalloz 2009, p. 657 ; C. Mathieu, « La vie personnelle du salarié » ANRT 2004.

²⁸¹ Cass. soc. 27 janvier 2010 n° 08-45566, non publié.

²⁸² Pourvoi n° 09-67.464 ; dans le même sens, Cass. soc. 10 juillet 2013, n° 12-16.878.

²⁸³ Pourvoi n° 10-25764 ; note C.-M. Dos Santos Oliveira, Petites affiches, 20 juillet 2012 n° 145, P. 15.

contentieuses et lui-même chargé de l'encaissement des redevances locatives constituait bien un trouble objectif à l'entreprise. De même, dans une décision du 27 mars 2012²⁸⁴, la chambre sociale confirme le licenciement pour faute grave d'un steward, ce dernier ayant consommé des drogues dures pendant des escales entre deux vols et s'étant retrouvé sous l'emprise de la drogue pendant l'exercice de ses fonctions. En revanche, le vol d'un téléphone, par un salarié d'un supermarché à l'issue de sa journée de travail, dans la galerie marchande, alors qu'il portait encore sa tenue professionnelle a été considéré comme une faute grave. La chambre sociale a indiqué que ce comportement se rattachait à la vie de l'entreprise, et à l'obligation pour celle-ci d'assurer la sécurité de ses clients²⁸⁵.

Dans un arrêt du 8 octobre 2014²⁸⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation maintient sa jurisprudence en annulant une décision de la Cour d'appel de Rennes²⁸⁷ qui avait invalidé le licenciement d'un salarié, qui lors d'un séjour organisé par son employeur, avec ses supérieurs hiérarchiques et d'autres salariés afin de les récompenser, avait eu un comportement agressif, proféré des menaces et insultes. La Cour de cassation a considéré que ces faits relevaient bien de la vie de l'entreprise, et justifiaient *in fine* un licenciement disciplinaire.

Enfin, dans un arrêt du 25 février 2015, la Cour d'appel de Paris confirme le licenciement pour cause réelle et sérieuse d'une salariée ayant consulté à son profit le contrat d'assurance personnel de son mari conservé par l'entreprise, lui-même salarié de la même entreprise, pour les confier au juge dans le cadre d'une procédure de divorce. Son objectif était de démontrer l'existence d'un conjoint « *de fait* » et l'augmentation de sa pension. La Cour a confirmé la légalité de la mesure de licenciement, non pas en raison d'un trouble objectif, mais bien d'une violation à l'obligation de loyauté et de discrétion, s'imposant à tout salarié. La salariée soutenait que son employeur ne pouvait tenir compte des actes commis au cours de sa vie privée sauf à démontrer l'existence d'un trouble objectif au sein de la société. La Cour a considéré qu'elle avait tenté de « *tirer avantage d'une information confidentielle obtenue dans le cadre de son emploi* », « *qu'elle a utilisé des éléments obtenus dans le cadre professionnel pour régler un différend personnel* » et que le licenciement avait un fondement disciplinaire, se rattachant pleinement à l'exécution du contrat de travail²⁸⁸. Plus récemment la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que le fait de laisser un message d'injures sur le répondeur professionnel d'un collègue, pendant son temps de travail en raison d'une dette financière contractée à l'occasion d'un événement organisé par l'entreprise se rapportait à la vie professionnelle du salarié et pouvait justifier un licenciement pour faute grave, d'autant plus que la victime avait été perturbée pendant son travail²⁸⁹.

En conclusion, il semble qu'il ne subsiste qu'un seul cas où le licenciement pour motif disciplinaire peut être opéré sur le fondement d'un agissement commis au cours de la vie personnelle. Il s'agit de la violation de l'obligation de loyauté du salarié. Celle-ci subsiste même pendant la suspension du contrat de travail²⁹⁰.

²⁸⁴ Pourvoi n°10-19915 ; note C.-M. Dos Santos Oliveira, Petites affiches, 20 juillet 2012 n° 145, P. 15.

²⁸⁵ Cass. soc. 26 juin 2013, pourvoi n° 12-16.564.

²⁸⁶ Pourvoi n° 13-16.793.

²⁸⁷ 27 février 2013.

²⁸⁸ N° 12/10410, note P.-E. Berthier, « Licenciement disciplinaire et vie privée », cahiers sociaux 1^{er} avril 2015, n° 273, p. 199.

²⁸⁹ Cass. soc. 28 septembre 2016, n° 15-17.542.

²⁹⁰ Cass. soc. 21 novembre 2007, n° 06-44.229.

Il semble que le juge opère un glissement subtil entre deux notions. Il mentionne parfois le trouble au sein de l'entreprise, alors que dans d'autres affaires, il fait référence au trouble apporté à l'entreprise. Les deux notions sont différentes. Le trouble au sein de l'entreprise est limité à son fonctionnement interne. Nulle référence aux partenaires extérieurs de celle-ci, à ses clients, fournisseurs, à son image, etc... Il s'agit davantage d'un dysfonctionnement au sein de celle-ci. Il est ainsi aisément compréhensible qu'un comportement puisse « *troubler* » les autres salariés de l'entreprise, notamment le vol, la violence, etc... et générer par exemple une perte de crédibilité du salarié, un cadre par exemple. Ce motif est ainsi évoqué pour le licenciement pour faute grave d'un éducateur spécialisé condamné pénalement pour détention d'armes à feu. En revanche, la notion de troubles apportés à l'entreprise revêt une signification beaucoup plus large. Il est immédiatement perceptible que cela intègre un aspect extérieur, une atteinte à son image auprès des clients, adhérents, ou usagers.

B. La délimitation de la vie professionnelle.

D'un strict point de vue matériel, la vie professionnelle du salarié est aisée à définir. Elle se déroule pendant son temps de travail, sur son lieu de travail, avec les moyens qui lui fournit l'entreprise et dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. A contrario, la vie personnelle est le moment « *sans rapport avec l'exécution du contrat de travail ou avec la vie de l'entreprise* »²⁹¹, où le salarié n'est plus soumis au lien de subordination.

Le rattachement des actes litigieux à la vie professionnelle se détermine selon 3 facteurs²⁹² :

- les actes se déroulent pendant le temps de travail du salarié,
- les actes sont effectués sur le lieu de travail du salarié,
- les actes ont été commis avec les moyens de l'entreprise.

Or, la chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas été d'une rigueur absolue dans l'application de ses critères comme le notent plusieurs auteurs et notamment P. Adam et P. Bèfre²⁹³. Elle utilise d'ailleurs une terminologie diversifiée. Dans une décision du 10 décembre 2008²⁹⁴, la chambre sociale confirme le bien fondé d'un licenciement pour cause réelle et sérieuse d'un moniteur d'atelier d'une association d'aide à l'enfance. Pourtant, celui-ci se trouvait en arrêt maladie, sur un stand de foire. La Cour a fondé sa décision sur le fait que le salarié avait proféré des propos injurieux à propos de sa supérieure hiérarchique devant trois adultes qu'il était chargé d'encadrer, donc que « *le fait litigieux se rattachait à la vie de l'entreprise* ». De même, lorsqu'un vendeur manutentionnaire en arrêt maladie profère des menaces et insultes à caractère raciste à l'égard de son ancien employeur, à l'extérieur de son lieu de travail et est licencié pour faute grave. La chambre sociale dans une décision du 11 février 2009²⁹⁵ considère que ces faits « *étaient en rapport avec son travail* », dès lors que les deux entreprises appartenaient au même groupe et possédaient la même direction et confirma la validité du licenciement pour faute grave.

²⁹¹ Ph. Waquet, « Le pouvoir de direction et les libertés du salarié », Dr. soc. 2000, p. 1051.

²⁹² Cf. P. Bèfre, « La liberté d'expression des salariés », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 424 p., p. 346, n° 753 et Y. Pagnerre, « L'intérêt de l'entreprise en droit du travail », « Standards, principes et méthodes en droit du travail », sous la direction de B. Teyssié, Economica, 2011, p. 95, n° 143, cité par P. Bèfre.

²⁹³ P. Adam, « La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », CE 10 décembre 2010, n° 316856, RDT, 2011, p. 116 ; P. Adam, « Sur la vie personnelle : 50 ans après Despax », RDT, 2012, p. 100 ; P. Bèfre, préc. p. 346, n° 754 ; mais aussi B. Bossu, « L'ascension du droit au respect de la vie personnelle », JCP S, n° 26, 30 juin 2015, 1241.

²⁹⁴ N° 07-41820, Bull. civ. V, n° 245 ; JCP S 2009, n° 1083, note M. Caron ; RDT 2009, p. 168, note R. De Quenaudon.

²⁹⁵ N° 04-47783, JCP S 2009, n° 1215, note L. Draï.

Comme le soulève B. Bossu²⁹⁶, l'utilisation de la fonction du salarié comme critère de rattachement pose des difficultés, comme le démontrent les évolutions en matière de retrait de permis. En 2003, la Cour de cassation considérait que le fait de se voir retirer son permis de conduire, même hors temps de travail, pour un chauffeur de poids lourds, se rattachait sa vie professionnelle et justifiait son licenciement pour faute grave²⁹⁷. En revanche, le Conseil d'Etat, dans une décision du 15 décembre 2010, prendra le contrepied de cette jurisprudence²⁹⁸. Dans une décision du 3 mai 2011²⁹⁹, la chambre sociale, modifie sa jurisprudence, en infirmant la validité du licenciement pour faute grave d'un « *ouvrier nettoyeur* » disposant d'un véhicule professionnel. Ce dernier s'était vu retirer son permis de conduire, lui aussi hors temps de travail. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas ici de lien avec une obligation contractuelle du salarié. Il y a ici une évolution et un passage du rattachement à la vie professionnelle au manquement à une obligation contractuelle. Bien évidemment, si le salarié se fait conduire dans son véhicule professionnel par des tiers, sans autorisation de son employeur, il s'agit là d'une faute grave³⁰⁰.

La démonstration de cette difficulté transparaît dans une autre décision du 19 octobre 2011³⁰¹ relative à un licenciement du superviseur pour faute grave pour harcèlement. Le salarié, avait notamment tenu des propos à caractère sexuel à deux collègues hors du temps et du lieu de travail, ou lors de soirées organisées hors du temps de travail. La chambre sociale, a considéré dans une motivation, certes lapidaire, que ces faits se rattachaient à la vie professionnelle du salarié. La démonstration du lien avec la fonction est clairement établie lorsque le salarié abuse de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles, même si cela se déroule en-dehors du temps et du lieu de travail³⁰². Enfin, le développement des nouvelles technologies de l'informatique et des télécommunications par le biais notamment de la possibilité de recevoir des appels, SMS, courriels en-dehors du temps de travail et du lieu de travail, contribue à abolir davantage les frontières.

II. Les notions de troubles objectifs au sein de l'entreprise et de troubles objectifs à l'entreprise.

L'ambiguïté provient de la rédaction même de certains attendus³⁰³. Ainsi dans l'arrêt Picquart³⁰⁴ du 12 mars 1991, il est intéressant de constater que la Cour mélange à la fois les conséquences internes et externes à l'entreprise. En effet, elle relève qu'une large publicité avait été donnée dans la presse à la condamnation du salarié, concernant un salarié occupant des fonctions importantes de représentation vis-à-vis des administrations, collectivités et autres entreprises. Elle fait ici pleinement référence à l'atteinte à l'image de l'entreprise, avant d'ajouter que cette situation était de nature à entraver la bonne marche de l'entreprise.

²⁹⁶ B. Bossu, préc.

²⁹⁷ 2 décembre 2003, n° 01-43227, Bull. civ. V, n° 304, JCP G 2003, n° 10025, note D. Corrigan-Carsin

²⁹⁸ CE, 15 déc. 2010, n° 316856 : JurisData n° 2010-024271 ; RJS 2011, n° 158 ; RDT 2011, p. 116, note P. Adam.

²⁹⁹ N° 09-67464.

³⁰⁰ Cass. soc. 22 septembre 2009, n° 08-42304.

³⁰¹ Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672 : JurisData n° 2011-022322 ; JCP S 2012, 1042, note B. Bossu.

³⁰² Cass. soc. 11 janvier 2012, n°10-12930.

³⁰³ Cf. Th. Aubert-Monpeyssen, « Trouble objectif dans l'entreprise et libertés collectives du salarié », à propos de la décision Cass. soc., 23 mai 2007, RDT 2007, p. 586 ; I. Gallot, « La cause des licenciements non disciplinaires », Dr. soc. 1992, p. 758 ; d'après cet auteur « le trouble doit être porté jusqu'au « sein de l'entreprise ».

³⁰⁴ Préc.

Dans l'affaire de l'association Fraternité Saint-Pie X³⁰⁵, la Cour d'appel s'était exclusivement basée sur le manquement aux obligations contractuelles de l'aide sacristain « *indépendamment du scandale qu'un tel comportement était susceptible de provoquer* » et « *qu'il importait peu, dès lors de savoir si ce comportement n'avait été connu que d'un petit nombre de fidèles* ». La Cour de cassation reprend son exigence de démontrer « *l'existence d'un trouble caractérisé au sein de l'association* ». Cette dernière référence est d'ailleurs assez curieuse dans la mesure où les pratiques sexuelles du salarié auraient justement pu causer un trouble chez les « usagers » de l'association. Il semble que dans cette décision, la Cour de cassation limite l'utilisation de la notion de troubles objectifs uniquement au sein de l'entreprise. Le chapeau de la décision stipule qu'il « *peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière.* »

Dans la décision du 22 janvier 1992 relative à l'achat d'une automobile d'une marque concurrente par une secrétaire, la Cour relève encore l'absence de « *trouble objectif apporté à l'entreprise* ». Dans une décision du 3 décembre 2002³⁰⁶, relative au licenciement pour faute grave d'un salarié commercial commettant un vol chez l'un de ses clients en dehors de son temps de travail, la chambre sociale explique qu'outre l'atteinte à la réputation de l'employeur, le refus du client représentant 56 magasins de recevoir ce salarié a créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise.

Il semble donc que le juge élargisse progressivement sa conception du trouble objectif non seulement à une entrave au bon fonctionnement interne à l'entreprise mais aussi à une atteinte à son image de façon générale, ce qui constitue aussi en soi une atteinte à son bon fonctionnement ou une atteinte à ses intérêts. Comme l'a rappelé le juge, l'existence de troubles objectifs doit être examinée au regard des fonctions exercées par le salarié³⁰⁷. Cette formule est reprise notamment dans une décision rendue en 2004³⁰⁸. La Cour précise que « *Si un fait tiré de la vie personnelle du salarié ne peut constituer une faute, il en est autrement si le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a causé un trouble objectif caractérisé au sein de cette dernière* ».

A propos du licenciement d'un éducateur spécialisé pour des faits de manquements à l'honneur, la probité et la délicatesse, commis pendant un arrêt de travail pour maladie, avec condamnation pénale définitive. La Cour de cassation a censuré la décision de la Cour d'appel en rappelant « *qu'un fait de la vie privée ne peut donner lieu à sanction disciplinaire mais seulement à un licenciement justifié éventuellement par le trouble causé à l'entreprise* »³⁰⁹.

Comme l'ont démontré J. Mouly et Ph. Waquet³¹⁰, le juge a parfois commis une confusion entre licenciement disciplinaire basé sur une faute et licenciement fondé sur un comportement extraprofessionnel provoquant un trouble objectif, la jurisprudence semble désormais solide sur ce depuis l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 18 mai 2007, qui énonce clairement qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise, ne permet pas en lui-même de justifier une sanction disciplinaire³¹¹. En revanche, si le salarié viole une obligation

³⁰⁵ Cass. soc. 17 avril 1991, Bull. civ. n° 201.

³⁰⁶ JCP E n° 28, 10 juillet 2003, 1076, commentaire C. Puigelier.

³⁰⁷ Cf. par exemple, décision St Nicolas du Chardonnet, préc.

³⁰⁸ Cass. soc. 16 mars 2004, n° 01-45.062.

³⁰⁹ Cass. soc. 27 janvier 2010 n° 08-45566, non publié.

³¹⁰ Préc.

³¹¹ Obs. Ph. Waquet, Sem. Soc. Lamy, 4 juin 2007, n° 1310.

contractuelle hors temps de travail, le licenciement disciplinaire reste applicable. Depuis, la jurisprudence semble constante sur ce point³¹².

Au travers de l'émergence de cette notion de troubles objectifs à l'entreprise, apparaît très clairement la notion d'atteinte à l'image notamment auprès de ses clients, de ses usagers ou adhérents, mais aussi de ses fournisseurs, partenaires, etc... Comme le note fort justement Ch. Mathieu³¹³, « *le trouble est une réaction émanant de tiers-la clientèle, le public, le personnel – susceptible d'engendrer un dommage* ». En revanche, même si le postulat est séduisant, le juge ne s'attache pas à vérifier que celui-ci présente « *une certaine intensité* »³¹⁴.

Section 2. Atteinte à l'image de l'entreprise : une nouvelle extension du contrôle de l'employeur

Le recours à la notion d'atteinte à l'image est attractif pour l'employeur, car elle lui permet d'accentuer son contrôle sur l'activité de ses salariés hors vie professionnelle. Le juge adopte une posture pour le moins favorable à l'entreprise dans la mesure où il n'exige pas la démonstration précise d'une atteinte à l'image, mais se contente d'évaluer le risque d'atteinte à celle-ci sans faire preuve d'une grande sévérité en la matière. D'autre part, il laisse à l'employeur le soin de déterminer même en dehors de toute obligation de porter une tenue, le soin de déterminer si celle-ci convient aux exigences de ses clients. Enfin, cette atteinte peut se produire au sein de l'entreprise pendant le temps de travail, ainsi qu'à l'extérieur de celle-ci, hors temps de travail. Celle-ci peut se produire soit en raison du comportement même du salarié comme nous le verrons dans un premier temps, aux yeux des clients, mais aussi en raison de la publicité donnée à ces actes, ce que nous verrons dans un second temps

I. L'atteinte à l'image

Dans une décision du 2 avril 1992, la chambre sociale de la Cour de cassation devait examiner le licenciement d'un cadre d'une banque licencié pour intempérance³¹⁵. La Cour de cassation a confirmé le bien-fondé du licenciement en précisant que le salarié était appelé à avoir des contacts avec le public, ainsi qu'avec d'autres interlocuteurs de haut niveau, et que ce comportement portait atteinte à l'image de l'entreprise, qu'ayant fait ressortir l'existence d'un trouble objectif, la décision de rupture disciplinaire était pleinement justifiée.

Dans une décision du 3 décembre 2002³¹⁶, portant sur le licenciement disciplinaire d'un salarié de la société Lesieur, chargé de prospection auprès de la grande distribution, et ayant commis un vol chez l'un de ses clients en dehors de son temps de travail, la chambre sociale relève que l'acte avait gravement nui à la réputation de son employeur et avait contraint celui-ci au remplacement de son salarié auprès de son client. Aucune démonstration ne vient à l'appui de l'atteinte à la réputation de l'entreprise, et la société a d'ailleurs conservé son client. Dans un arrêt du 8 décembre 2009³¹⁷, la chambre sociale a considéré que la conservation par un salarié sur son ordinateur de travail de trois fichiers contenant des photos à caractère pornographique sans caractère délictueux ne constituait pas, en l'absence d'usage abusif affectant son travail un

³¹² Par exemple Cass. soc. 9 mars 2011, pourvoi n° 09-42.150, n° 624 FS-P+B, note J.-E. Tourreil, Juris. Soc. Lamy 2011, n° 298 à l'occasion du licenciement d'un directeur général adjoint d'une radio publiant un livre provoquant une polémique au sein des médias et dans sa propre rédaction, la Cour a rappelé « qu'un fait de la vie personnelle occasionnant un trouble dans l'entreprise ne peut justifier un licenciement disciplinaire ».

³¹³ « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », Rev. Trav. 2012.17.

³¹⁴ Cf. C. Mathieu préc.

³¹⁵ Pourvoi n° 90-42030.

³¹⁶ JCP E n° 28, 10 juillet 2003, 1076, commentaire C. Puigelier.

³¹⁷ Pourvoi n°08-42097, non publié.

manquement du salarié aux obligations résultant de son contrat. La Cour d'appel avait reconnu, quant à elle, la validité du licenciement en précisant que les fichiers étaient conservés dans un dossier accessible à tous, qu'il y avait détournement du matériel de l'entreprise en contradiction avec les notes de service et que cela constituait un risque de porter atteinte à l'image de l'entreprise. Dans une décision du 3 mars 2009³¹⁸, la Cour de cassation à l'occasion de l'examen du licenciement d'une secrétaire standardiste d'une banque et de la confirmation de la validité de la rupture, car celle-ci avait tenu des propos désobligeants et porté atteinte à l'image de la banque.

L'évolution de la posture du juge est particulièrement marquée dans les décisions médiatisées relatives au port du bermuda par un salarié de la Sagem³¹⁹. Un agent technique des méthodes s'est présenté à son entreprise habillé d'un bermuda par une chaude journée de printemps. Son employeur lui a demandé de mettre un pantalon sous sa blouse blanche réglementaire. Il refusa, s'obstina jusqu'au licenciement « *pour avoir manifesté à l'égard de sa hiérarchie une opposition forte et persistante à l'application d'une consigne simple respectée par l'ensemble des salariés (...), et avoir fait peser sur la société un risque important de perte d'image de marque auprès des clients de l'entreprise fréquemment présents sur le site* ». Le salarié avait d'abord saisi le Conseil des Prud'hommes en référé³²⁰ afin d'obtenir l'annulation de son licenciement en se fondant essentiellement sur le caractère discriminatoire du procédé. Il estimait que le fait que la société Sagem interdise aux hommes « *de porter le bermuda par les usages sociaux en matière vestimentaire, qui réservent aux femmes certains vêtements, par l'intérêt de l'entreprise de présenter à ses clients une image conforme à leur attente* » était une pratique sexuelle discriminatoire, créant une différence de traitement entre les hommes et les femmes à situation identique, sans motif objectif.

Ses prétentions seront écartées par le Conseil des Prud'hommes, au motif que M. Monribot ne prouve pas le fait que cette position ait une « *motivation cachée autre que celle déclarée* » par son employeur et précisent que « *la société française réserve le port de certains vêtements aux femmes, même si le nombre de vêtements « unisexe » tend à augmenter. La situation n'est donc pas identique entre les sexes en matière vestimentaire.* » Les juges affirment en outre, que cette interdiction est justifiée par « *l'intérêt de l'entreprise, et ce qu'elle pense être l'attente de ses clients* », ce qui constitue selon eux un motif objectif recevable, même si « *leur mise en œuvre est subjective* ». La motivation du Conseil des Prud'hommes est ici malheureuse. La Cour d'Appel³²¹ dans un arrêt du 13 novembre 2001 confirmera cette position. Elle énonce notamment qu'il s'agit « *d'une tenue vestimentaire inhabituelle pour un administratif considéré comme apportant un trouble dans l'entreprise et susceptible d'en donner une mauvaise image au client* ». Les juridictions confirment ici l'utilisation du critère du but recherché qui est la préservation de l'image de l'entreprise, auprès de ses clients. Or, la dangerosité de ce critère apparaît tout entière dans la mesure où le Conseil des prud'hommes fait référence à ce que la société pense être l'attente de ses clients, et la Cour d'appel « *le risque* » de donner une mauvaise image.

En pratique, cela permet à l'employeur d'augmenter considérablement son emprise sur les comportements des salariés et de restreindre leurs libertés individuelles, et ce d'autant plus que la réalisation du risque, l'atteinte à l'image, n'a pas à être démontrée.

³¹⁸ Pourvoi n° 07-44405, non publié.

³¹⁹ Cf. Alain Pousson, « La liberté de se vêtir n'est pas une liberté fondamentale », Recueil Dalloz 2004, p. 176.

³²⁰ Ordonnance du 30 août 2001, Dalloz 2001 IR p. 2722 ; RJS 11/01 n° 1250.

³²¹ CA Rouen 13 novembre 2001 n° 01-3255, Monribot c/ SA Sagem, RJS 2002 n° 8, janvier.

La Cour de Cassation, qui dans son arrêt du 28 mai 2003 rappelle que « *la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales* » avant de confirmer la position des juges du fond estimant que « *la tenue vestimentaire de M. M...était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail* » de sorte « *qu'il n'y avait pas de troubles manifestement illicites qu'il y avait lieu de faire cesser* ». Le salarié a ensuite de nouveau saisi les juridictions au fond afin d'obtenir une solution définitive. La chambre sociale de la Cour de Cassation mettra un terme à cette affaire dans un arrêt du 12 novembre 2008 en déboutant le salarié, au motif notamment que sa tenue vestimentaire « *était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail qui pouvaient le mettre en contact avec la clientèle* ».

II. Publicité et atteinte à l'image

Un employeur peut souhaiter se séparer d'un salarié dont les faits commis hors activité professionnelle, font l'objet d'une publicité qui pourrait nuire à l'entreprise. Il faut noter que la preuve de l'impact négatif de la publicité n'est jamais évoquée par le juge. La seule publicité des faits lui suffit, pour confirmer le bien-fondé du licenciement. La jurisprudence à ce sujet est constante et ancienne. En 1978, la Cour de cassation dans une décision du 2 mars avait ainsi confirmé le licenciement d'un salarié, négociateur au sein d'une agence immobilière, ce dernier ayant été arrêté et condamné pour escroqueries et abus de confiance à dix-huit mois d'emprisonnement dont douze avec sursis. Toutefois, le salarié n'avait été absent que du 25 juin 1974 au 29 août 1974. La Cour a considéré que l'employeur ne pouvait pas conserver à son service ce salarié « *en raison de la publicité donnée aux affaires de cette nature, et de l'influence défavorable que les poursuites exercées ne pouvaient manquer d'avoir sur une clientèle alertée par de trop nombreux scandales dans le domaine immobilier* »³²².

Dans une décision du 23 mai 1979, la chambre sociale de la Cour de cassation confirma la validité du licenciement d'un salarié ayant réglé par deux chèques sans provision l'hôtelier chez qui il logeait, estimant que ce comportement « *qui avait suscité une réclamation adressée à la société était de nature à nuire au crédit de celle-ci* »³²³. Dans une décision du 5 novembre 1984³²⁴, la Cour de cassation cassa une décision de la Cour d'appel d'Orléans, qui avait considéré le licenciement de deux salariés, gardiens au sein d'une société de surveillance générale industrielle, comme dépourvu de cause réelle et sérieuse. Leur employeur avait appris qu'ils avaient été condamnés pour vol à une peine de prison avec sursis, à l'occasion de la surveillance d'un magasin pour le compte d'une société de gardiennage. La Cour de cassation a considéré que la société de surveillance se devait d'avoir « *un personnel dont la probité et l'honorabilité ne pouvaient être mises en doute* ».

Dans un arrêt du 12 mars 1991, la Cour de cassation³²⁵ reconnaît la légitimité du licenciement d'un délégué régional, M. Picquart, suite à la publicité faite autour de sa condamnation, pourtant infirmée en appel. Ce dernier avait été condamné en première instance à une peine de prison avec sursis avant d'être relaxé par les juges du second degré. La Cour a considéré « *qu'une large publicité avait été donnée, dans la presse, à une condamnation pénale (...) concernant un salarié qui occupait des fonctions importantes de représentation (...), d'autre part que cette situation était de nature à entraver la marche de l'entreprise* ». Cette dernière décision est symptomatique de l'étendue des pouvoirs conférés à l'employeur. Il peut ainsi rompre la

³²² Cass. soc. 2 mars 1978, bull. civ. V, n° 145.

³²³ Cass. soc. 23 mai 1979, n° 78-40057, arrêt n° 1160.

³²⁴ Cass. soc. 5 novembre 1984, bull. civ. V, n° 403, pourvois n° 82-41935 et 82-41936.

³²⁵ Cass. soc. 12 mars 1991, bull. civ. V, n° 120, pourvoi n° 88-43051.

relation contractuelle, alors même que les faits reprochés au salarié ne sont pas définitivement reconnus comme avérés par une juridiction.

En conclusion de ce présent chapitre, nous pouvons observer que la notion de troubles objectifs créée par le juge, notamment dans sa dimension de risques d'atteintes à l'image de l'entreprise, permet incontestablement à l'employeur d'élargir son champ de contrôle à l'égard de l'exercice des droits et libertés dont bénéficie le salarié.

Nous pouvons percevoir au travers de cette première partie d'une part que la confrontation entre les libertés du salarié et d'entreprendre sont évidemment inévitables, y compris pour des libertés fondamentales à l'instar de la liberté religieuse. D'autre part, la seconde difficulté va résider dans la coordination des textes législatifs entre eux d'une part, et au regard de la jurisprudence sur la notion de troubles objectifs. En effet, une restriction apportée à la liberté vestimentaire d'un salarié en contact avec la clientèle, en lui imposant une tenue pour des raisons commerciales, peut être évaluée à l'aune de l'article L. 1121-1 du Code du travail, mais aussi au titre de la discrimination, notamment lorsqu'elle touche une liberté fondamentale telle que la liberté religieuse. L'employeur n'aurait-il pas intérêt à se réfugier sous le parapluie protecteur de la notion de troubles objectifs ? Pour nuancer l'affirmation de Mme Ch. Mathieu³²⁶, le trouble peut être l'anticipation du trouble comme nous l'avons observé. L'employeur peut se contenter d'évoquer une réaction négative, à condition que les faits présentés présentent un véritable risque avéré en ce sens. Il y a sans doute ici une voie ouverte aux employeurs plus facile d'accès³²⁷.

³²⁶ Ch. Mathieu, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2012.17.

³²⁷ En ce sens, J.-M. Chonnier, « Le contentieux soulevé par le fait religieux dans l'entreprise », JCP S, n° 10, 15 mars 2016, p. 1083.

Partie 2. L'atteinte aux libertés du salarié par le client ou en raison de la proximité du client

La nécessité d'un arbitrage entre les exigences imposées par le client, la liberté d'entreprendre, et les libertés du salarié se retrouve sur plusieurs champs essentiels :

- la conception et la rupture du lien contractuel entre l'entreprise et le salarié,
- la liberté d'expression au sens strict entendu comme la liberté d'exprimer ses opinions oralement ou par écrit,
- la liberté vestimentaire,
- la liberté religieuse.

Notre propos consiste non seulement à examiner l'utilisation par la jurisprudence des outils textuels et construction prétorienne mis à sa disposition, dans la conciliation des libertés en cause, ainsi qu'à vérifier s'il existe une cohérence globale dans son approche, si celle-ci est influencée par une conception libérale ou multiculturelle.

Comme nous allons le constater, le juge fait parfois prédominer l'intérêt de l'entreprise sur le respect des libertés du salarié³²⁸ dans certains domaines, notamment par l'utilisation de concepts liés aux exigences véritables ou supposées du client. Il utilise la notion de risque afin de protéger l'entreprise et de limiter l'exercice des libertés du salarié. Le client influe non seulement sur l'exercice des libertés des salariés, mais sur la relation contractuelle elle-même, de sa naissance à sa disparition. Il y a là très clairement une atteinte à la liberté contractuelle du salarié, à son droit au travail³²⁹. Toutefois, cette position du juge n'est pas homogène au regard des libertés mises en œuvre, comme nous allons le voir, notamment au travers de l'encadrement de la liberté d'expression du salarié.

Nous examinerons dans un premier temps l'influence que le client peut avoir sur la naissance ou la rupture du lien contractuel entre l'entreprise et le salarié. Puis nous observerons dans une seconde partie la conciliation qu'opère le juge entre les libertés du salarié et plus particulièrement sa liberté d'expression et la liberté d'entreprise dont dispose l'employeur.

³²⁸ Cf. En ce sens L. Casaux-Masurée, « La confrontation des libertés dans l'entreprise », Dr. soc. 2008, p. 1032.

³²⁹ Th. Revet, « La liberté du travail », Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2008, 968 p. p. 723.

Chapitre 1. Du client à l'origine de la mise en place et/ou de la rupture de la relation contractuelle au client se substituant au salarié

Preuve de sa très forte interférence sur la relation employeur-salarié, le client peut être à l'origine de la conclusion du contrat de travail ce que nous examinerons dans un premier temps, ou de la rupture du contrat de travail avec l'employeur ce qui fera l'objet d'une seconde partie. Nous pourrions enfin constater l'apparition d'un véritable client-salarié, qui soit participe activement à la réalisation de sa propre prestation, soit se substitue au salarié lui-même, dans une dernière section. Nous ne traiterons pas l'hypothèse du salarié qui devient fournisseur de son entreprise, puisque dans ce cas, c'est l'employeur lui-même qui devient le client de son ancien salarié, après l'avoir incité à créer son entreprise.

Section 1. Du client prescripteur de la relation contractuelle

Le client peut être directement à l'origine de la conclusion du contrat de travail avec une entreprise partenaire. L'entreprise ou le futur employeur a déterminé préalablement son futur salarié, mais ne souhaite pas l'intégrer dans ses effectifs, ou plus simplement gérer l'aspect administratif de la relation contractuelle (déclaration d'embauche, contrat de travail, visite médicale, bulletins de salaire, documents de fin de contrat). Il s'agit là d'une influence directe sur la liberté du travail du salarié. Dans le secteur de la prestation de service, une pratique courante pour un client consiste à contacter une entreprise prestataire, et lui indiquer le salarié qu'elle souhaite voir intervenir, en lui demandant ainsi de l'embaucher. Cette pratique se retrouve ainsi dans le secteur de l'aide à domicile ou plus simplement des personnels « *de maison* ». Le client peut déjà connaître la personne qu'il souhaite avoir à son service et demander à la société prestataire de l'embaucher, afin de lui faire exécuter la prestation. Il s'agira d'ailleurs d'une condition de conclusion du contrat entre le prestataire et le client.

Le Code du travail autorise par le biais de l'article L. 7232-6 le recrutement de salariés par des associations et entreprises de services à la personne, pour les mettre à titre onéreux, à la disposition de personnes physiques. Ces associations ou entreprises doivent obtenir un agrément³³⁰. De même, dans le secteur de l'intérim³³¹, une pratique répandue, pour une entreprise consiste à demander à une agence de travail temporaire de recruter sous contrat d'intérim un salarié, et de lui déléguer. Dès lors, la société cliente de l'agence va générer la relation contractuelle entre le salarié et son employeur, agence d'intérim. Certes, l'objet même de l'intérim consiste à sélectionner puis déléguer des salariés. Mais dans le cas présent, c'est l'entreprise cliente qui a déjà sélectionné son intérimaire. Le client est dès lors à l'origine du contrat de travail du salarié, de façon très spécifique.

Le même mécanisme peut être observé au sein des entreprises de travail à temps partagé régies par les articles L. 1252-1 et suivant du Code du travail. Cette entreprise a pour objet de mettre à disposition un salarié par une entreprise de temps partagé, au bénéfice d'un client, pour l'exécution d'une mission spécifique. Les clients sont des entreprises qui ne peuvent recruter elles-mêmes, en raison de leur taille ou moyen³³², et le recrutement ne vise que du personnel qualifié. L'article L. 1252-11 du Code du travail dispose que toute clause interdisant le recrutement du salarié mis à disposition par l'entreprise cliente, à l'issue de sa mission est

³³⁰ Art. L. 7232-6 du Code du travail.

³³¹ Cf. article L. 8241-1 du Code du travail qui autorise le prêt de main-d'œuvre dans le cadre d'opérations de travail temporaire

³³² Cf. article L. 1252-2 du Code du travail.

réputée non écrite. Pendant la durée du contrat, l'entreprise cliente est responsable de l'exécution et des conditions d'exécution du travail³³³.

Bien évidemment, dans les derniers cas cités, le lien de subordination pourra être réellement exercé par le client, que ce soit une entreprise, ou un employeur particulier. Le salarié pourra dès lors établir cette qualification juridique à l'égard de son véritable employeur, en démontrant la réalité de la personne détentrice du lien de subordination³³⁴.

Dans le cas du portage salarial légalisé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008³³⁵, c'est le salarié lui-même qui trouve ses missions. Le salarié organise son travail librement, prospecte. La société de portage se limite à facturer les prestations auprès de la société cliente et de reverser des salaires au salarié. Le seul objectif est ici d'éviter au salarié de devoir créer son entreprise, et de continuer à bénéficier de la protection sociale du salariat. Le portage se limite aux opérations occasionnelles ou ponctuelles, nécessitant une expertise spécifique, dont l'entreprise ne dispose pas. En théorie, la différence principale entre le portage salariale et l'intérim réside dans le fait que c'est le salarié « *porté* » qui recherche lui-même ses missions et les négocie.

Concernant le groupement d'employeurs créé par la loi du 25 janvier 1985, il s'agit pour des entreprises de se regrouper pour employer un ou plusieurs salariés, qu'elles ne pourraient seules occuper ou embaucher³³⁶. Les salariés sont mis à la disposition des membres du groupement. Cela permet de partager un salarié qualifié, de bénéficier d'un appoint de main-d'œuvre, mais il s'agit d'une opération à but non lucratif. Toutefois, la limite est inexistante en pratique, puisque l'entreprise cliente a pu déterminer le « *candidat* » qu'elle souhaitait embaucher et choisir la formule qui lui conviendra le mieux. Comme le rappelle régulièrement la Cour de cassation, la qualification du contrat dépend des conditions d'exécution de celui-ci.³³⁷ A l'inverse le client peut aussi entraîner la rupture du lien contractuel.

Section 2. Au client prescripteur de la rupture du contrat de travail

Le juge reconnaît au client le pouvoir de contraindre l'employeur à se séparer de son salarié. Il y a alors une véritable atteinte à la liberté de travail du salarié. Il s'agit là de la démonstration d'un impact très fort du client sur l'exercice par le salarié de ses libertés, au regard des intérêts de l'entreprise.

I. La rupture fondée sur une demande directe et actuelle du client.

La demande d'un client ou d'une entreprise partenaire de ne plus voir ou travailler avec un salarié peut constituer un élément objectif s'imposant à l'employeur et pouvant justifier un licenciement, dès lors que celui-ci ne peut-être reclassé sur un autre chantier, site ou chez un autre client. La jurisprudence est assez ancienne et constante tant de la part des juges du fond que de la Cour de cassation.

³³³ Art. L. 1252-7 du Code du travail.

³³⁴ Depuis une décision du 13 novembre 1996 n° 94-13.187, RJS 12/96 n° 1320, la Cour de cassation considère que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous le respect de son employeur, ce dernier donnant des directives, contrôlant l'exécution, et pouvant infliger des sanctions.

³³⁵ La loi de simplification de la vie des entreprises du 20 décembre 2014 autorise le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure législative visant à déterminer les conditions essentielles de l'exercice du portage salarial. Cette ordonnance doit être prise avant le 21 septembre 2015. Dans l'attente de cette publication, il existe un vide juridique sur le régime applicable au portage salarial.

³³⁶ Art. L. 1253-1 et s. du Code du travail.

³³⁷ Cass. soc. 12-7-2005 n° 03-45.394 ; RJS 10/05 n° 941 ; 30-11-2011 n° 11-10.688 ; RJS 2/12 n° 95.

La chambre sociale de la Cour de cassation avait confirmé dans un arrêt du 2 février 1978, le licenciement d'un directeur des ventes par un concessionnaire automobile, à la demande du concédant, car cette décision avait pour but le maintien de la concession et la survie de l'entreprise³³⁸. Dans une décision du 9 juin 1988, la chambre sociale de la Cour de cassation confirmait que le licenciement d'un agent de sécurité en raison d'un conflit l'opposant au régisseur d'un immeuble au sein duquel il exerçait sa fonction, reposait sur une cause réelle et sérieuse, dans la mesure où la société ne pouvait le maintenir à son poste, ni le placer dans un autre immeuble, en l'absence d'emploi disponible³³⁹.

La Cour d'appel de Reims, dans une décision du 6 mars 1996³⁴⁰ a confirmé le bien-fondé du licenciement d'un chauffeur livreur dont deux sociétés clientes se plaignaient du caractère de l'intéressé, en raison de remarques de leurs propres clients, et demandant de ne plus charger ce chauffeur d'effectuer des livraisons à leur profit. Dans un arrêt du 17 janvier 1997, la Cour d'appel de Paris confirmait que la demande émanant d'une entreprise partenaire, en relation d'affaires avec l'employeur, faisant connaître son souhait de ne plus voir un salarié chauffeur-livreur travailler dans ses locaux constitue un élément objectif contraignant pour l'employeur justifiant le licenciement du salarié à l'origine d'une difficulté de collaboration commerciale de nature à compromettre le bon fonctionnement de l'entreprise³⁴¹. L'explication de l'entreprise partenaire est indifférente dans la mesure où rien ne permet de retenir qu'elle a fait preuve de subjectivité, dans son appréciation du comportement du salarié externe. La nature des reproches faits par l'entreprise cliente n'avait pas été mentionnée dans la lettre de licenciement et le salarié ne pouvait pas semble-t-il être affecté ailleurs. Il faut noter ici que l'absence d'explications de la part du client permet d'éviter, sans doute, un examen de ces derniers.

La Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 2 avril 1997 a confirmé la validité d'un licenciement d'un plombier chauffagiste en raison d'une plainte d'un client relative à la lenteur des interventions du salarié et menaçant de ne pas poursuivre la relation commerciale si la société maintenait ce salarié³⁴². La Cour précise en outre que le motif, à l'origine de la décision de rupture du client, reste indifférent, dès lors qu'il n'y a pas de subjectivité dans son appréciation du comportement du salarié, ou la démonstration d'une entente frauduleuse entre les deux entreprises, afin de se séparer du salarié.

Toutefois, l'employeur doit s'assurer de l'impossibilité de reclasser le salarié sur un autre site avant de procéder au licenciement. Ainsi, la Cour d'appel de Paris dans une décision du 2 avril 1997, toujours de la 22^{ème} chambre, estimait que la circonstance qu'un salarié a cessé de plaire à un client, en l'occurrence, l'ambassade des Etats-Unis, ne saurait justifier la rupture de la relation de travail, dès lors qu'il y avait possibilité d'affecter ce salarié sur un autre site³⁴³. De même, le licenciement d'un salarié devient injustifié si la détérioration des relations commerciales entre son employeur et une société cliente ne lui sont pas imputables, mais relèvent en fait dans une mauvaise organisation du réseau commercial comme l'a confirmé la chambre sociale de la Cour de cassation dans une décision du 13 février 2003³⁴⁴.

³³⁸ Cass. soc. 2 février 1978, Sté Delalieur c/ Carboneil, bull. civ. V n° 83.

³³⁹ Cass. soc. 9 juin 1988 n° 2149 D, Biernacki c/SOMOTEC.

³⁴⁰ Sté de transport Trigallez c/ Fondu, RJS 1996, n° 871, juillet.

³⁴¹ CA Paris, 17 janvier 1997 22^e ch. C, SA SAPAR Antoine Auge et autres c/ Charton et autres, RJS 10/97 n° 1074.

³⁴² CA Versailles, 16 février 2000, 11^{ème} ch. SARL d'exploitation Jean Boutel c/ Beaune.

³⁴³ CA Paris, 2 avril 1997, 22^{ème} ch. A, sté ACDS Prévention sécurité c/ Borja.

³⁴⁴ Cass. soc. 13 février 2003, n° 00-43.430 (n°407 F-D), SARL STI c/ Viple.

L'atteinte à la liberté du travail du salarié est fort heureusement circonscrite à la relation spécifique avec le client, comme nous le verrons.

II. La demande fondée sur des faits antérieurs à la relation de travail

Il s'agit de l'hypothèse où l'employeur actuel ignorait lors de l'embauche certains faits reprochés au salarié. Ainsi, des malversations commises antérieurement par un salarié dans une autre société, peuvent être reprochées à ce salarié, alors même qu'elles ont été commises avant la conclusion de son contrat de travail actuel.

La chambre sociale de la Cour de cassation³⁴⁵ dans une décision du 31 mai 2005, a étudié cette situation assez curieuse dans laquelle un salarié retrouve comme client, une ancienne entreprise, à l'égard de laquelle il avait commis des malversations. Le salarié n'avait pas révélé cette situation à son nouvel employeur qui l'a licencié. La Cour a confirmé le bien fondé du licenciement sur la base de la dissimulation par le salarié à son employeur actuel de cette malversation, dans la mesure où cette société était devenue cliente. C'est ici le manque de loyauté et non la faute commise antérieurement à la naissance de la relation de travail qui est retenue à l'encontre du salarié. Nous pouvons toutefois remarquer que l'employeur souhaite de cette manière protéger son image et éviter un trouble objectif.

III. La rupture liée au comportement du salarié auprès du client, hors temps de travail

Une jurisprudence assez ancienne retient les faits commis par un salarié auprès d'un client de son employeur, hors temps de travail, pour justifier un licenciement, éventuellement disciplinaire. Ainsi, dans une décision de la chambre sociale du 20 novembre 1991, le licenciement pour faute grave d'un agent de sécurité, qui en dehors de ses heures de travail avait dérobé des marchandises dans les locaux d'un centre commercial, client de son employeur avait été considéré comme pleinement justifié. La Cour avait déjà énoncé qu'une entreprise de gardiennage avait une obligation de probité quant au personnel employé. En outre, elle relevait que le vol avait été commis au détriment d'un client de l'entreprise, entraînant une atteinte à la réputation et au crédit de l'entreprise³⁴⁶.

La Cour de cassation dans son rapport portant sur l'année 1991 précisait que « *c'est donc un juste équilibre entre la liberté dont le salarié doit jouir dans sa vie privée, sans être inquiété dans sa vie professionnelle, et l'intérêt de l'entreprise qui est établi* »³⁴⁷.

Dans une décision du 3 décembre 2002³⁴⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un salarié, commercial itinérant, licencié pour faute grave. Ce dernier avait volé un objet d'une valeur de 21,60 F (3,29 €), hors temps de travail dans une entreprise située sur son secteur de prospection. Malheureusement, le groupe victime du vol, a opposé son refus de travailler avec ce salarié dans ses 56 magasins. Malgré l'âge du salarié (50 ans) et son ancienneté (23 ans), malgré le fait que les deux magasins concernés dans son secteur pouvaient être visités par d'autres représentants et qu'ils ne représentaient que 5 % du CA du secteur, la Cour de cassation a confirmé la position de la Cour d'appel et le licenciement pour faute grave sans faire référence à cette obligation de recherche de reclassement. La Cour de cassation retient

³⁴⁵ Cass. soc. 31 mai 2005 n° 03-40.439 (n° 1192 F-D), Bory c/ Sté ACDC RJS 8-9/05 n° 816.

³⁴⁶ Cass. soc. 20 novembre 1991, n° 89-44.605, jurisdata n° 1991-003219 ; bull. civ. 1191, V, n° 512 ; cf. rapport annuel de la Cour de cassation, 1991, p. 266.

³⁴⁷ P. 266.

³⁴⁸ Pourvoi n° 00-44321.

expressément que le comportement du salarié avait nui gravement à la réputation de son employeur, et l'avait contraint à procéder à son remplacement en raison du refus du client de le recevoir, qu'il y avait donc un trouble objectif caractérisé au sein de sa propre entreprise justifiant la rupture du contrat. La chambre sociale opère bien ici la distinction entre des faits relevant de la vie professionnelle et des faits commis en dehors de celle-ci. En l'occurrence, elle s'appuie donc sur la notion de « *trouble caractérisé au sein de l'entreprise qui l'employait* » pour confirmer la validité du licenciement. Cette motivation est assez étonnante dans la mesure où rien n'indique que ce vol ait nui gravement à la réputation de l'employeur. Si l'on peut comprendre dans des entreprises spécifiques, que la probité des salariés soit un critère nécessaire (sécurité, banque, par exemple) notamment pour des infractions ou fautes commises directement dans le domaine lié à leur fonction (vol commis par un agent de sécurité par exemple), il est plus contestable de l'affirmer dans le cas présent.

En effet, le salarié exerçait ici un rôle commercial, de prospection. En revanche, il est exact que l'interdiction de recevoir ce salarié par un client peut créer une difficulté réelle pour l'entreprise. Par déduction, il faut probablement comprendre l'attendu de la chambre sociale dans ce sens, à savoir que la motivation réelle n'est pas la nuisance à la réputation de l'employeur, mais bien plutôt la nécessité de procéder à son remplacement. Or en aucun cas, la discussion ne porte ici sur l'impossibilité de reclasser le salarié sur un autre secteur, ou avec d'autres clients. Pour conclure, la rédaction de cette décision laisserait croire que le risque d'une mauvaise réputation de l'employeur est le critère déterminant du licenciement. Quant au degré de gravité et à la nature de la faute retenue, il ne peut qu'être contesté dans la mesure où elle méconnaît la jurisprudence de la Cour de cassation apparue antérieurement sur la distinction entre les procédures à suivre lors de l'existence d'un trouble objectif à l'entreprise (licenciement non disciplinaire). En outre, la notion même de faute semblait pouvoir être remise en cause.

Enfin, dans une décision du 16 janvier 2007, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît le bien fondé d'un licenciement pour faute grave, d'un salarié disposant d'une certaine ancienneté dans l'entreprise, pour un vol portant sur un objet de faible valeur, celui-ci ayant été commis au préjudice d'un client³⁴⁹. Là encore, nous ne reviendrons pas sur la notion de troubles objectifs à distinguer de la faute, abordée précédemment.

IV. La rupture préventive de la relation de travail par l'employeur au regard des exigences du client.

L'employeur peut vouloir mettre fin au contrat de travail, non pas en raison d'une demande directe et express d'un client mais en raison simplement du risque de désaffection de la clientèle, lié à des actes commis par le salarié. L'atteinte à la liberté du travail est alors encore plus importante, car ne se fondant pas sur un fait objectif et démontré, mais bien sur une hypothèse.

L'employeur va anticiper une éventuelle réaction de rejet du salarié par ses clients, en mettant fin à la relation de travail. Il s'agit du cas où il y a atteinte à l'image, comme nous l'avons vu précédemment, publicité des faits même commis hors temps de travail et pouvant nuire à l'image de l'entreprise. La juridiction administrative et la juridiction judiciaire ont la même jurisprudence sur ce point. Ainsi, le Conseil d'Etat dans une décision du 9 juillet 2007 avait confirmé l'autorisation du licenciement d'un délégué du personnel, ce dernier ayant adressé un courrier de protestation à l'un des clients de son employeur, afin de dénoncer les conditions de

³⁴⁹ Cass. soc. 16 janvier 2007, n° 04-47051.

travail qu'il imputait directement au client. Le Conseil relevait que ce courrier « *était susceptible d'influer défavorablement sur les relations entre les clients et son entreprise* » et qu'il s'agissait ici d'une faute d'une gravité suffisante pour justifier la rupture de la relation, y compris en présence d'un mandat de représentant du personnel³⁵⁰.

La Cour de cassation a considéré que l'employeur peut s'appuyer sur l'obligation de loyauté à laquelle est astreint le salarié, pour justifier un licenciement dès lors que celui-ci ne l'informe pas de faits en rapport avec sa fonction. La chambre sociale de la cour de cassation dans une décision du 29 septembre 2014³⁵¹, a confirmé le bien fondé du licenciement d'un médecin conseil de la CNAMTS, mise en examen, avec publication dans la presse, pour escroquerie en bande organisée pour des faits intéressants le paiement de prestations de la sécurité sociale, en raison de la rupture de son obligation de loyauté envers son employeur. Cette rupture était fondée sur l'absence d'information de son employeur de cette mise en examen, même si celui-ci était à l'origine de la plainte, dès lors que ce fait était de nature à avoir une incidence sur l'exercice de ses fonctions. Cette solution est à rapprocher d'une autre décision de la chambre sociale prise dans le cadre d'un licenciement pour faute grave d'un salarié ayant menti à plusieurs reprises sur son expérience professionnelle, élément déterminant de son embauche. Le mensonge du salarié est, là encore assimilé à une rupture de son obligation de loyauté³⁵², alors même d'ailleurs qu'il s'est produit avant la conception du contrat.

Section 3. De la substitution du client au salarié à la qualification du client en salarié.

Pour conclure cette démonstration du très fort impact du client sur la relation contractuelle employeur-salarié, nous pouvons constater que l'entreprise peut substituer le client littéralement au salarié. Le droit du travail joue alors de régulateur, puisqu'il requalifie automatiquement le client en salarié dès lors que les caractéristiques légales sont présentes. Le principe de concurrence loyale est respecté.

L'entreprise imagine, afin de gagner en productivité et en coût de production et de survivre dans une concurrence effrénée, faire participer ses clients à la réalisation de la prestation qu'ils sont venus se procurer, qu'il s'agisse de l'achat d'un produit ou d'une prestation de service, et ainsi de remplacer partiellement ou totalement ses salariés. Il s'agit là du stade ultime où le client n'influence plus la relation entre un salarié et son employeur, mais prend littéralement la place du salarié, réalisant la prestation qu'il est venu acquérir. Le concept du libre-service est ainsi une variante de l'apparition du client qui participe activement à la réalisation de sa propre prestation³⁵³. Cette pratique a toutefois ces limites, dans la mesure où, si le client réunit les trois conditions posées par la jurisprudence, permettant de distinguer le contrat de travail des autres formes contractuelles, à savoir un lien de subordination, une prestation de travail et une rémunération, le client sera alors requalifié en salarié. Nous allons étudier ces hypothèses.

³⁵⁰ CE 9 juillet 2007, n° 288295, Sangare.

³⁵¹ N° 13-13661.

³⁵² Cass. soc. 25 novembre 2015, n° 14-21.521 ; D. Chenu, « Le dol comme cause réelle et sérieuse du licenciement », JCP S, n° 13, 5 avril 2016, 1118.

³⁵³ Cf. G. Tiffon, « La mise au travail des clients », Paris, Economica, coll. « Etudes sociologiques », 2013, 194 p. ; M.-A. Dujarier. « Le travail du consommateur. De Mc Do à ebay. Comment nous coproduisons ce que nous achetons. », Paris, La découverte, coll. « Poche/essais », 2014, 264 p.

I. Du remplacement du salarié par le client

Pour mémoire, il fut une époque, pas si lointaine, où un salarié venait servir l'essence dans les stations-service, où toutes les caisses dans un supermarché disposaient de son « *hôtesse de caisse* », où tous les métros avaient un conducteur, etc... Désormais, les clients peuvent ainsi se servir plutôt qu'être servis dans un restaurant et débarrasser eux-mêmes leur plateau. Le client peut « *scanner* » lui-même ses courses dans un supermarché, il va se servir en essence, acheter ses billets de train, de cinéma, à une borne informatisée ou sur internet, réparer son propre véhicule dans un garage qui mettra à disposition outillage, et précieux conseils, peut participer à la création d'une encyclopédie, etc... Economiquement, ou d'un strict point de vue organisationnel, l'intérêt de cette transformation du client en participant à sa propre prestation, est tout à fait démontrée et d'une rentabilité importante pour l'entreprise.

Selon M.-A. Dujarier³⁵⁴, il existe trois formes spécifiques pour cette organisation. L'autoproduction dirigée, la coproduction collaborative, et le travail d'organisation. Nous sommes ici en présence d'un nouveau rapport social, entre le consommateur et le producteur. Comme le note cette auteur, « *il est évident que lorsque le consommateur réalise le plus gros du travail, le juste travail est fait au bon moment* »³⁵⁵. Les auteurs anglo-saxons notamment, se sont assez tôt penchés sur la manière de gérer ses clients comme ses propres ressources humaines³⁵⁶ et la nécessité de professionnaliser ses clients. Cela fut nécessaire pour les clients d'un nouveau supermarché à Hanoi, n'ayant aucune habitude de ce type de modalités de distribution, les clients attendent en désordre, ne voient pas leur sac, « *ne mettent pas les produits à portée du caissier, n'avancent pas spontanément vers la caisse* »³⁵⁷.

L'autoproduction dirigée est une production effectuée pour soi-même, mais « *prescrite, encadrée, outillée et contrôlée par le fournisseur* »³⁵⁸. Il peut s'agir d'une saisie de sa commande auprès d'une borne informatique, de réparer son propre matériel à l'aide d'un logiciel d'assistance, etc... Elle permet à l'entreprise de réduire une contradiction entre une exigence de production de grande ampleur et le souhait d'obtenir un produit ou une prestation personnalisé. Plutôt que de donner aux salariés proches du client, un rôle de médiateur quant à la personnalisation du produit, c'est le client lui-même qui va être mis à contribution.

La seconde forme identifiée par M.-A. Dujarier, est la *coproduction collaborative*³⁵⁹. Ici, le consommateur fournit gratuitement à l'entreprise des informations notamment sur sa consommation personnelle, ses inventions, en imaginant et créant le produit dont il a besoin à la demande de l'entreprise. Le consommateur peut aussi faire la promotion des produits de l'entreprise, voire imaginer la publicité, etc...³⁶⁰. Wikipedia est ainsi un parfait exemple de coproduction collaborative.

³⁵⁴ Préc.

³⁵⁵ Préc., p. 9.

³⁵⁶ D. E. Bowen, « Managing customers as human resources in service organizations », *Human resource management*, n° 25, 1986, p. 371 ; P. K. Mills, R. B. Chase, N. Margulies, « Motivating the client/employee system as a service production strategy », *The academy of management review* n° 8, 1983, p. 301.

³⁵⁷ S. Bernard, « L'apprentissage du supermarché au Vietnam », in Actes des XI JIST, 2007, citée par M.-A. Dujarier, préc. p. 58.

³⁵⁸ M.-A. Dujarier préc. p. 21.

³⁵⁹ A ne pas confondre avec l'économie collaborative au sens strict (« Uber », « Airbnb ») et les problèmes qui se posent au regard du droit du travail, cf. « Quand l'économie collaborative est rattrapée par le Code du travail », P. Thiebart, *Semaine juridique entreprises et affaires* n° 37, 1420.

³⁶⁰ Il s'agit du « crowdsourcing ».

Enfin, le consommateur peut être amené à effectuer un véritable travail d'organisation, voire à pallier l'absence de salariés dans certaines situations et à prendre différents rôles. Comme le note M.-A. Dujarier, lorsque dans une gare, le personnel présent est en nombre restreint, l'entreprise compte peu ou prou sur les clients pour aider ses homologues en cas de difficulté³⁶¹. Le magasin « *Le Printemps* », a même demandé l'assistance de ses clients pour l'accompagner dans le recrutement de ses vendeurs³⁶².

II. Au client qualifié de salarié

Dès lors que le client effectue la tâche d'un salarié, peut-il se voir juridiquement qualifié de la sorte ? La situation est juridiquement complexe, et comme le note B. Coulmont³⁶³, il est peu aisé de déterminer le moment où la simple activité d'un client, devient véritablement le travail d'un salarié. La situation est analysée sous l'empire du droit du travail, mais aussi sous celui du droit pénal dans le cadre de l'infraction sur le travail dissimulé. L'article L. 8221-6 du Code du travail pose une présomption simple de non salariat pour les personnes physiques immatriculées ou inscrites :

- au registre du commerce et des sociétés ;
- au répertoire des métiers ;
- au registre des agents commerciaux ;
- auprès des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales ;
- au registre des entreprises de transport routier de personnes, qui effectuent du transport scolaire prévu par l'article L. 213-11 du code de l'éducation, ou du transport à la demande conformément à l'article 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;
- les dirigeants des personnes morales immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés ;
- depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, les personnes physiques exerçant une activité commerciale à titre principal ou complémentaire bénéficiant du régime prévu à l'article L 133-6-8 du code de la sécurité sociale ainsi que celles qui exercent à titre principal ou secondaire une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation ou de prestation de service relevant de l'artisanat et figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'État en application de l'article 19 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996.

Dans le cadre de la qualification de travail dissimulé, l'article L. 8221-6 précise qu'il n'y a dissimulation d'emploi salarié que si le donneur d'ouvrage s'est soustrait intentionnellement à l'accomplissement de l'une des obligations incombant à l'employeur mentionnées à l'article L. 8221-5 du Code du travail.

La Cour de cassation considère que la qualification du contrat ne dépend ni de la volonté des parties, ni de l'appellation de la convention par celles-ci, mais des conditions concrètes dans lesquelles il s'exécute³⁶⁴, depuis un arrêt de l'Assemblée plénière du 4 mars 1983³⁶⁵. Comme le note F. Kessler, le droit du travail peut permettre au juge de s'insérer dans le fonctionnement

³⁶¹ Préc. p. 164.

³⁶² Ibid. p. 165.

³⁶³ B. Coulmont, « Faut-il salarier les clients ? », Cahier du Monde, n° 21465, 22 janvier 2014.

³⁶⁴ Cass. soc. 12 juillet 2005, n° 03-45.394, RJS 10/05 n° 941 ; 30 novembre 2011, n° 11-10.688, RJS 2/12 n° 95.

³⁶⁵ D. 1983, jur. 81, concl. Cabannes.

économique et la concurrence, et de réguler celle-ci en rétablissant un équilibre entre les parties. Ces dernières sont tentées de diminuer le coût social de leur prestation en recourant à moins de salariés et impliquées davantage les autres acteurs³⁶⁶.

Le client, juridiquement, ne peut être qualifié de salarié que s'il effectue une prestation de travail, ce qui est le cas puisque la prestation était effectuée auparavant par des salariés, s'il est placé sous un lien de subordination, et s'il perçoit une rémunération³⁶⁷. La Cour de cassation dans une décision du 13 novembre 1996 *Société Générale* a apporté une définition commune au droit du travail et au droit de la sécurité sociale de la notion de salarié, fondé sur ces trois éléments. Il en est ainsi lorsqu'un employeur incite ses salariés à devenir entrepreneurs et à être leur client principal. Il s'agit là d'un dévoiement de la relation de sous-traitance dans laquelle l'employeur devient le client³⁶⁸.

Concernant le lien de subordination, il est présenté par la Cour de cassation³⁶⁹ comme le critère décisif du contrat de travail. Ainsi, dès lors que l'activité est exercée « *non pas à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique, l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exemple de pénibilité, est une prestation de travail* »³⁷⁰.

La Cour de cassation n'attribue aucune importance à la nature de l'activité elle-même, quelles que soient ses caractéristiques. En revanche, l'existence d'un lien de subordination est un élément crucial. Il se caractérise par « *l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »³⁷¹. Le travail au sein d'un service organisé constitue un indice de cette subordination³⁷². Le client est effectivement amené à obéir à des consignes, et peut se voir sanctionner s'il ne les respecte pas, tout simplement en n'obtenant pas la prestation.

L'exigence portant sur la rémunération est plus complexe à démontrer. Il pourrait s'agir du versement d'une prime aux clients, d'une réduction de prix en fonction de la participation à la prestation, par le biais de cartes de fidélité ou d'autres instruments commerciaux. L'article L. 3221-3 du Code du travail assimile à une rémunération « *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travail en raison de l'emploi de ce dernier* ». Il s'agit des sommes ou avantages perçus en contrepartie du travail du salarié.

En outre, comme le note N. Baruchel³⁷³, la Cour de cassation ne prône pas une rigueur excessive sur ce point, acceptant dès 1994, comme rémunération y compris des sommes provenant de tiers et non de l'employeur. Ainsi, la rémunération provenant de la fraction du chiffre d'affaires, conservée par des « *hébergeantes* », travailleuses indépendantes franchisées, chargées d'une

³⁶⁶ F. Kessler, « « Ubériser » le logement, déni de droit social ? », *Le Monde*, 18 mai 2016, supplément économie, p. 5.

³⁶⁷ Cass. soc. 13 novembre 1996, n° 94-13.187, RJS 12/96, n° 1320 ; Droit soc. 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux.

³⁶⁸ Pour des exemples, Cass. crim. 31 mars 1998, n° 97-81.873 ; Cass. crim., 8 juin 2010, n° 07-87.289.

³⁶⁹ Communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt n° 1159 du 3 juin 2009 de la Chambre sociale.

³⁷⁰ Cf. communiqué préc.

³⁷¹ Cass. soc. 13 nov. 1996, n° 94-13.187.

³⁷² Cass. 13 nov. 1996 préc ; Cass. soc. 1^{er} juillet 1997, n° 94-45.102, n° 2870P ; Cass. soc. 28 avril 2011, n° 10-15.573, n° 986F -P + B.

³⁷³ N. Baruchel, « La requalification en contrat de travail de la participation au jeu de télé réalité « l'Île de la tentation » constitue-t-elle un progrès pour le droit du travail ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 17 novembre 2011, n° 2011-12

unité d'accueil des personnes âgées, le franchiseur prélevant une commission sur leur recette³⁷⁴ fut assimilée à une rémunération. La Cour de cassation considéra qu'il importait « *peu que cette rémunération provienne de sommes versées par des tiers* ».

La disparition d'une partie du personnel des stations-service, conditionnée par des impératifs économiques, n'a-t-elle pas permis aux clients de continuer à bénéficier de tarifs plus intéressants que si l'emploi avait été maintenu ? Les tarifs dans les restaurants en libre-service ne sont-ils pas plus intéressants en raison de coût de main d'œuvre moins élevé ?

Le lien n'est pas toujours aisément perceptible. En effet, l'entreprise n'a que peu d'intérêt à rémunérer ses clients faisant office de salariés, sauf à vouloir les motiver davantage. Toutefois, des cas avérés de rémunération peuvent se rencontrer. Les clients de supermarché qui utilisent la carte de celui-ci, lui permettant de récupérer des informations pour son fichier commercial, vont bénéficier d'un nombre de points ou d'une somme d'argent généralement proportionnel à l'achat réalisé. Ceci leur fera bénéficier d'une réduction au cours de leurs prochains achats. De même, les consommateurs acceptant de tester des produits suivant un processus assez strict et de participer aux collectes d'information par le fabricant, recevront en échange des produits de la marque.

Enfin, il est apparu ces dernières années des systèmes d'échanges, généralement de services entre particuliers, au principe de fonctionnement assez simple. Le particulier qui va bénéficier d'un service, va être lui-même dans l'obligation d'en fournir un. Il y a parfois un véritable système d'unité de mesure mis en place³⁷⁵. Ainsi l'association « *Sel de Loire* » estime qu'une minute de service équivaut à un grain de sel³⁷⁶. Les possibilités d'échange sont innombrables en passant de l'arrosage du jardin, par le soutien scolaire, le bricolage, le transport occasionnel, etc... Il est aisé de constater que la rémunération est présente dans ce type de prestation, car l'intervention de la personne génère pour elle le droit à une contrepartie, dont la valeur économique est certaine. La prestation de travail ne fait aucun doute. En revanche, le lien de subordination ne sera présent qu'en fonction des situations.

Concernant le développement d'une économie collaborative mise en exergue par le développement des sociétés Airbnb, Uber, etc..., les plateformes de mise en relation doivent veiller à ne pas créer de liens de subordination à l'égard de ses prestataires. Ce lien sera examiné selon les conditions imposées par la plateforme, sur son emprise sur ses prestataires, notamment la possibilité que le prestataire puisse refuser librement une prestation, qu'il ne puisse faire l'objet d'une sanction disciplinaire, qu'il reste autonome dans la gestion de son emploi du temps et dans la fixation de ses tarifs³⁷⁷. Dans l'ensemble des situations examinées, la notion de travail est toujours présente, ainsi que le lien de subordination, de façon certes plus ou moins approfondi. En revanche, la présence de l'élément rémunérateur reste aléatoire.

³⁷⁴ Cass. soc., 16 juin 1994, n° 92-17668, non publié.

³⁷⁵ Cf. notamment les systèmes dits d'échanges locaux, dont l'un des objectifs est de ne plus utiliser d'unités monétaires, mais d'autres référentiels de valeurs (temps, etc...). Ces systèmes se sont particulièrement développés dans les pays anglo-saxons en période de chômage élevé. L'expression française est une traduction incomplète des termes « *Local exchange trading system* », dont le mot commerce en anglais, n'a pas été repris en français, semblant probablement inapproprié.

³⁷⁶ www.seldeloire.org/

³⁷⁷ P. Thiébart, « *Quand l'économie collaborative est rattrapée par le Code du travail* », JCP S, n° 36, 1^{er} septembre 2015, 1297 ; sur « *l'uberisation* » du droit social en matière de plateforme collaborative de logements, F. Kessler, « *« Uberiser » le logement, déni de droit social ?* » ; Le Monde, 18 mai 2016, supplément économie, p. 5.

Enfin, concernant les jeux télévisés, et plus particulièrement la « *télé réalité* », les clients de l'émission sont multiples. Il s'agit bien sûr de la société télévisée qui achète l'émission pour la diffuser, ou pour la réaliser elle-même, mais aussi les participants qui sont venus tester par exemple, la résistance de leur couple sur « *l'Île de la tentation* ». Le participant est venu pour bénéficier d'une prestation de services de la société de production³⁷⁸. La Cour de cassation dans plusieurs arrêts du 3 juin 2009³⁷⁹ puis du 24 avril 2013³⁸⁰, suivi notamment par la Cour d'appel de Versailles³⁸¹ n'a pas hésité à requalifier ces participants, clients de la société de production ou de la société télévisée de salariés, dès lors qu'ils regroupaient les éléments caractéristiques du salariat précédemment cités³⁸². Toutefois, la qualité d'auteurs interprètes ne leur a pas été reconnue.

Concernant les participants à des prestations sportives, ces derniers peuvent parfois faire l'objet d'une demande de requalification sous le statut de salarié, le lien de subordination pouvant être établi dans ce cas. Il s'agit par exemple des sportifs professionnels ou non, au regard soit de leurs sponsors, soit des clubs qui organisent les compétitions. Ainsi, des cyclistes participant à une compétition, et percevant une prime de la part de l'organisateur ont été requalifiés en salariés de ce dernier³⁸³ et non en « *clients* » de celui-ci. De même, le Conseil d'Etat dans un arrêt du 8 juillet 1988, a estimé que les rémunérations versées à des coureurs cyclistes professionnels résidents d'Etats étrangers participant à un critérium organisé par une association devaient être assimilées à des salaires et non à des bénéfices non commerciaux³⁸⁴. En revanche, la Cour d'appel de Paris a considéré, dans une décision du 9 décembre 1996, qu'un club qui accordait différents avantages à des joueurs disposant d'une forte notoriété, ne pouvait être considéré comme leur employeur, dès lors que ces joueurs ne prenaient qu'un engagement moral de participer au cours d'une saison à deux épreuves officielles³⁸⁵.

En conclusion de ce présent chapitre, nous pouvons constater que le client joue un rôle majeur dans la relation contractuelle salarié-entreprise, puisqu'il peut être à l'origine du lien contractuel, de sa rupture où même se voir substituer au salarié. Nous allons examiner l'influence de celui-ci sur l'exercice des libertés du salarié.

³⁷⁸ Hébergement, nourriture, jeux, etc...

³⁷⁹ Bull. V, 141.

³⁸⁰ Cass. soc. 24 avril 2013, pourvois n° 11-19.091 à 11-19.168. Ces arrêts ont donné lieu à une abondante littérature ; Cf. X. Daverat, « Communication et créations intellectuelles n° XLVIII », Les Petites Affiches, 23 décembre 2013, n° 255, p. 5 ; J. Icard, « La requalification du contrat de travail-nature de l'activité », Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1^{er} juin 2013, n° 253, p. 217 ; O. Falleti, « Contrat de travail-Participants de « l'île de la Tentation » : salariés mais pas acteurs », JCP S, 30 avril 2013, n° 18, p. 27 ; N. Baruchel, « La requalification en contrat de travail de la participation au jeu de télé-réalité « l'Île de la tentation » constitue-t-elle un progrès pour le droit du travail ? », Revue des droits et libertés fondamentaux, 17 novembre 2011, n° 2011-12 ; F.-J. Pansier, « L'île de la tentation – suite et fin ? », Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1^{er} novembre 2009, n° 214, p. 250 ; B. Edelman, « Quand l'île de la tentation ne séduit pas le droit », D. 29 octobre 2009, n° 37, p. 2517 ; C. radé, « La possibilité d'une île », Dr. soc. 1^{er} septembre 2009, n° 9/10, p. 930-935 ; A. Fossaert-Sabatier, « Télé réalité et contrat de travail », Semaine Sociale Lamy, 8 juin 2009, n° 1403, p. 3 ; M. Popinot « L'île de l'interdiction ; A propos de la Cour d'appel de Paris, 12 février 2008 », la Gazette du Palais, 11 juin 2008, n° 163, p. 4 ; communiqué relatif à l'arrêt du 3 juin 2009 de la chambre sociale (Cour de cassation).

³⁸¹ 6^e ch., 5 avril 2011 n°09/01674, SAS TF1 Production c/ Mme L.).

³⁸² Cf. en ce sens, N. Baruchel, préc.

³⁸³ Cass. soc. 7 février 1974, n°72-13862.

³⁸⁴ CE 8 juillet 1988, n°60731, D 1990, sommaire p. 395, note J.-L. Lenclos.

³⁸⁵ CA Paris 18^{ème} ch., sect. D, 9 décembre 1996, n°95/43100.

Chapitre 2. L'influence du client sur l'apparence extérieure du salarié.

Les intérêts de l'entreprise, les exigences liées à son image, les exigences réelles ou supposées du client vont permettre à l'employeur de restreindre plusieurs libertés des salariés. Ce sont les libertés liées à l'expression du salarié sous tous ces aspects qui font l'objet d'un contentieux important, en relation notamment avec l'exacerbation du débat autour des signes religieux au sein de l'entreprise. En effet, la Cour de cassation ne considère pas la liberté vestimentaire comme une liberté fondamentale, et a fortiori ne l'assimile pas à la liberté d'expression³⁸⁶. En réalité, la Cour de cassation ne considère la liberté vestimentaire comme une liberté fondamentale dès lors que des signes à valeurs symboliques sont utilisés de manière explicite et que le contenu du message se raccroche à une liberté protégée. Le port du voile en est un exemple. Dans ce cas, c'est la liberté d'expression de sa foi, la liberté religieuse qui est alors mise en cause. La Cour ne considère pas que le port d'un vêtement puisse être un moyen d'expression en soi, donc faire l'objet d'une protection spécifique, même s'il est évident que chacun exprime, en tout ou partie, sa personnalité, les codes sociaux qu'il valorise ou auxquels il se rattache, ses opinions, son rapport à l'autre, son intégration sociale ou plus simplement son rejet des normes. La Cour effectue en quelque sorte une hiérarchisation dans la typologie de ce qui est exprimé. Son instrument de mesure n'est pas la liberté d'expression en tant que telle, mais l'objet de l'expression. Ce n'est pas l'objet qui compte, mais la nature du message. Dès lors qu'il s'agit d'opinions religieuses, politiques, syndicales, par exemple, la Cour de cassation met en œuvre les principes protecteurs. Le standard de référence est donc la matière pour laquelle le message est exprimé et non la liberté elle-même. Nous limiterons notre propos sur deux aspects en raison de leur interférence directe avec le client. Nous examinerons dans un premier temps la liberté vestimentaire, avant de nous intéresser à l'impact de la proximité du client sur les pouvoirs de l'employeur au regard de l'apparence physique du salarié.

Section 1. La liberté vestimentaire du salarié

L'aspect extérieur du salarié fait bien évidemment partie des libertés de l'individu. Il est libre de choisir sa tenue vestimentaire, sa coiffure, ... et son allure générale, ce qui lui permet de manifester des aspects de sa personnalité, ses croyances religieuses, politiques, ses engagements associatifs, son positionnement hiérarchique, son adhésion à certains codes culturels, etc... Le droit ne consacre pas spécifiquement une liberté vestimentaire, mais la liberté reste le principe. L'article 1^{er} du décret du 8 brumaire an II affirmait déjà que « *Nulle personne de l'un ou l'autre sexe ne pourra contraindre au citoyen ou citoyenne à se vêtir d'une manière particulière (...). Chacun est « libre de porter tel vêtement et ajustement de son sexe que bon lui semble* ». La liberté vestimentaire n'est toutefois pas assimilée à une liberté fondamentale³⁸⁷.

L'article L. 1121-1 du Code du travail³⁸⁸ reste l'un des textes utilisés par le juge pour contrôler les restrictions apportées par l'employeur aux libertés du salarié, lorsque celui-ci est en contact avec le client³⁸⁹, ou lorsque son comportement peut nuire à l'image de l'entreprise auprès de ce dernier. Il faut constater que cet article reste relativement imprécis comme nous l'avons déjà évoqué dans notre première partie. Il n'indique en aucun cas les libertés protégées, et énonce

³⁸⁶ Cass. soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273, Bull. civ. V, n° 178, Dr. soc. 2003, p. 808, obs. Ph. Waquet.

³⁸⁷ Cass. soc. 28 05 2003 n° 02-40.273, RJS 8-9/03 n°975.

³⁸⁸ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

³⁸⁹ Cf. par exemple pour le port d'un survêtement, Cass. soc. 6 novembre 2001 n° 99-43.988, Brunet C/ SARL LR Immobilier, RJS 1/02 n° 8, bull. civ. n° 337.

simplement les conditions assez floues dans lesquelles un employeur pourra restreindre les libertés individuelles ou collectives. Plusieurs remarques peuvent être effectuées.

En premier lieu, le fait de ne pas considérer la liberté vestimentaire comme une liberté fondamentale constitue la première restriction apportée par le juge à celle-ci au profit de la liberté d'entreprendre, alors qu'elle constitue un puissant vecteur de communication externe. La simple vue de la tenue vestimentaire suffit à la transmission du message, sans même que l'individu n'ait à s'exprimer oralement. Le vêtement est un signe, qui peut être accentué par d'autres vecteurs (insignes, etc...), mais il n'en demeure pas moins un outil de communication qui a de tout temps été socialement utilisé. D'autre part, le contrôle de proportionnalité donne dès lors une importance considérable, prépondérante à l'appréciation, des juges du fond, sur des éléments eux-mêmes profondément subjectifs, à savoir par exemple, la conformité d'une tenue vestimentaire au regard d'une fonction. Il ne protège pas strictement les libertés du salarié dans la mesure où il fait une place importante à la subjectivité de l'appréciation, que ce soit de l'employeur mais aussi du juge³⁹⁰, alors même que nous nous situons dans une procédure de type accusatoire.

Certes, nous constatons que la Cour de cassation exige que les juges du fond procèdent à un contrôle de proportionnalité et de justification des restrictions³⁹¹, mais en pratique, en l'absence de normes clairement émises en la matière, de référentiel, le contrôle peut apparaître comme subjectif. La difficulté, pour ne pas dire le piège, réside dans le fait que le juge est obligé d'évaluer des éléments, tout en ne disposant d'aucun corpus de normes clairement établies si ce dernier n'est pas fourni par les parties. Dans ce dernier cas, au lieu de débouter l'une des parties pour la faiblesse de sa démonstration, généralement l'entreprise à l'origine de la sanction, le juge prend position, et projette sa propre vision de la norme relative à l'apparence extérieure du salarié. En outre, la notion de risque encouru par l'entreprise est utilisée par la jurisprudence sans attendre de démonstration spécifique sur ce point, révélant ainsi une attitude protectrice de celle-ci. Cette vision protectrice de l'entreprise se révèle au travers de l'exigence du contact avec la clientèle qui n'est en fait que l'éventualité d'un contact. Nul besoin de démontrer celui-ci. Le risque, la possibilité suffit. L'insécurité juridique provient de l'absence de corpus clair de normes de référence utilisés par le juge. Enfin, cet article qui devait protéger le salarié des abus de l'employeur, permet, légitime, de facto le droit de³⁹² l'employeur d'imposer une tenue vestimentaire aux salariés.

Pour l'instant, à l'exception des signes vestimentaires à connotation religieuse, le débat s'est très peu porté sur l'aspect discriminatoire et l'article L. 1132-1 du Code du travail est rarement évoqué. Toutefois, il n'est pas certain que nous n'assistions pas dans l'avenir à un glissement du contrôle par le biais de l'article L. 1121-1 à l'article L. 1132-1. En effet, si l'on prend en compte le fait qu'un vêtement relève de la liberté d'expression, et permet aux salariés de s'exprimer, la décision de sanction d'un employeur au regard de sa tenue pourrait être conçue comme discriminante au regard d'un groupe spécifique.

Nous examinerons dans un premier temps les conditions liées au port de la tenue vestimentaire notamment l'exigence du contact avec le client, avant d'observer la position du juge sur les

³⁹⁰ Pour des éléments sur les rapports entre la psychologie et la justice, Cf. N. Przygodzki-Lionet « Psychologie et Justice, De l'enquête au jugement », éditions Dunod, 2012, 136 p.

³⁹¹ Ainsi dans un arrêt du 18 février 1998, (Dr. soc. 1998 p. 506), la Cour rappelle à propos de l'obligation de porter une blouse que « les juges auraient dû rechercher si l'obligation du port de la blouse était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ».

³⁹² P. Lokiec, « Tenue correcte exigée : Des limites à la liberté de se vêtir à sa guise », Dr. soc. 2004, p. 132.

accessoires vestimentaires, marqueurs importants de la liberté d'expression du salarié, puis nous évoquerons le traitement spécifique du port des signes religieux et du contrôle par l'employeur de l'apparence physique du salarié.

I. Le vêtement

Le vêtement revêt une importance sociale caractérisée, dans la mesure où il s'agit d'une des expressions les plus visibles de l'image et positionnement social que l'individu va donner de lui-même³⁹³ et a fortiori de son employeur³⁹⁴. Le vêtement matérialise d'ailleurs non seulement les goûts de l'individu, mais aussi l'appartenance sociale, parfois le métier³⁹⁵. Il peut aussi faire passer un message religieux comme nous le verrons. Le vêtement a donc souvent cristallisé les débats, y compris aux siècles précédents, que ce soit dans l'enceinte de l'entreprise ou à l'extérieur. Ainsi au XIX^{ème} siècle, un avocat s'était vu refuser l'accès à l'audience, car il portait des moustaches³⁹⁶. La Cour européenne des droits de l'homme considère que « *les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée* »³⁹⁷. Cela concerne tant les vêtements que la coiffure. Il en résulte qu'une ingérence dans ce domaine constitue une atteinte à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

A. Bref rappel historique et sociologique

Un bref retour en arrière est utile pour comprendre le vecteur de communication que le vêtement a toujours été. Sous l'Ancien Régime, les bourreaux et les prostituées devaient être vêtus de manière à pouvoir être aisément identifiés³⁹⁸. La maîtrise de l'habit est alors « *un enjeu de pouvoir politique qui permet aux puissants de maintenir leurs prérogatives* »³⁹⁹. La soie est ainsi réservée, au XVIII^{ème} siècle, à la noblesse. Les costumes de travail se développent au Moyen-âge, puis se codifient en fonction des corporations. Avec la révolution industrielle, les codes modernes apparaissent, celui du bleu de travail, de la blouse, de la salopette⁴⁰⁰. Au XIX^{ème} siècle, le règlement intérieur de la Bonneterie de Chaumont précisait que les employées « *ne porteront que des bas raccommodés* » et qu'il leur était interdit d'utiliser des couleurs vives⁴⁰¹. Ouvriers et travailleurs manuels s'habillent en bleu et l'homme qui ne travaille pas de ses mains, s'habille en costume avec gilet et col blanc amidonné.

³⁹³ « Plus que le paysage, le vêtement est un état d'âme ; par lui, chacun de nous trahit tout ou partie de sa personnalité, de ses habitudes, de ses goûts, de ses conceptions, de ses dispositions du moment, de ce qu'il vient de faire, de ce qu'il se prépare à faire », Jacques Manuel, L'art du costume dans le film, La revue du cinéma, 1949.

³⁹⁴ L. Gimalac, « La tenue vestimentaire, l'identité et le lien social dans le cadre des rapports professionnels », Les Petites Affiches, 20 décembre 2002, n° 254, p. 11.

³⁹⁵ F. A. Garsault, « De la nécessité de se couvrir, on est parvenu à la grâce du vêtement sous des formes différentes, à la distinction des peuples, à celles des différents états et conditions, ce qui a donné lieu à la parure et à la magnificence », L'art du tailleur, 1769.

³⁹⁶ Cass. req. 6 août 1844, Dalloz 1844, 1, p. 354. Voir pour le refus d'accéder à l'opéra en pantalon de golf : T. civ. Seine, 20 février 1952, D. 1952, Jurisp., p. 353.

³⁹⁷ 1^{er} juillet 2014, SAS c. France, req. n° 43835/11, §107.

³⁹⁸ N. Bailleux et B. Remaury, « Modes et vêtements », Découvertes Gallimard, 144 p. p. 74.

³⁹⁹ N. Bailleux et B. Remaury, idem p. 75

⁴⁰⁰ « Ces pratiques vestimentaires atteindront leur apogée au XIX^{ème} siècle, époque où chaque métier possède une panoplie spécifique(...). Aujourd'hui encore, nombre de professions, particulièrement dans les métiers de bouche (cuisiniers, pâtisseries, bouchers, ...), possèdent un habillement extrêmement spécifique. » N. Bailleux et B Remaury préc., p. 83.

⁴⁰¹ Cité par M. Gin, Mémoire, « la liberté de se vêtir à sa guise au lieu et au temps de travail », préc., p. 7, repris de J.-E. Ray dans « Droit du travail, Droit vivant », 4e. éd. p. 76.

Beaucoup plus récemment, le lundi 27 septembre 2010, des élus de la Mairie de Paris ont demandé l'abrogation d'une ordonnance du 16 brumaire an IX, ce texte prescrivant à « *toute femme désirant s'habiller en homme* » d'en demander la permission à l'administration ; « *cette autorisation ne sera donnée que sur le certificat d'un officier de santé (...) et sur l'attestation des maires ou commissaires de police* ». Ces élus de la Mairie rappelaient d'ailleurs que jusqu'en 2005, le port de la jupe était imposé aux hôtesses d'Air France et qu'en 1972, la jeune députée Michèle Alliot-Marie fut stoppée net par un huissier alors qu'elle s'apprêtait à entrer à l'Assemblée en pantalon. Elle aurait répondu, « *Si c'est mon pantalon qui vous gêne, je l'enlève dans les plus brefs délais* »⁴⁰².

La tenue vestimentaire actuelle, est de plus en plus complexe à appréhender car les codes vestimentaires se sont multipliés. La notion de « *jean* » par exemple, n'est plus aussi homogène⁴⁰³. Les grands couturiers ont d'ailleurs eux-mêmes repris ce concept dans certaines de leurs collections. Il existe de nombreuses façons de porter un jean. Nous assistons à une complexification croissante des codes sociaux liés à l'apparence extérieure⁴⁰⁴ et une accélération des mouvements de mode⁴⁰⁵. La spécialisation du vêtement par profession ou par niveau de qualification s'est beaucoup atténuée, sans toutefois disparaître⁴⁰⁶ complètement. Ainsi « *les ressources humaines, le juridique et la finance persistent à chérir la sobriété du triptyque noir, gris, bleu marine* »⁴⁰⁷, alors que « *des jupes ou robes très courtes, des décolletés plongeants, des shorts, des leggings ou des jeans plus ou moins soignés ne choquent bien évidemment personne dans les milieux de l'édition, de la communication, de la publicité ou du social* »⁴⁰⁸. En outre, au sein d'un même métier, les codes peuvent différer, « *un avocat pénaliste diffère fort, dans son apparence, d'un avocat spécialisé en fusions et acquisitions, plus proche du « look » d'un as de la finance* »⁴⁰⁹.

La désignation de l'habit en lui-même, ne suffit donc pas obligatoirement à rendre compte de la situation. Il appartient donc aux parties d'apporter la preuve de l'adaptation ou inadaptation de la tenue au juge, dans le cadre d'une procédure accusatoire. C'est ensuite à ce dernier d'évaluer le bien-fondé, la valeur de ces pièces. Or comme nous allons le voir, la jurisprudence ne procède pas de cette façon.

L'ancien article L. 120-2 devenu L. 1121-1⁴¹⁰ du Code du travail permet à l'employeur d'imposer au salarié des contraintes vestimentaires sous réserve qu'elles soient justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché. La chambre sociale de la Cour

⁴⁰² Le Figaro, Histoire du jour, 29/09/2010, p. 1.

⁴⁰³ Rappelons pour mémoire, qu'il a été inventé dans sa forme actuelle par Levi Strauss, d'origine bavaroise émigré aux Etats-Unis, dont l'associé fera breveter en 1873 le système de rivet. Son industrialisation en grande série permettra un prix de vente attractif et sa très large diffusion auprès des travailleurs américains, chercheurs d'or, éleveurs, etc... A l'époque, les bretelles sont indispensables car il n'y a pas de passants pour la ceinture mais une simple patte de resserrage. Le jean a en revanche déjà cinq poches.

⁴⁰⁴ En ce sens, J.-F. Amadiou, « Le poids des apparences », éd. Odile Jacob, 2005, 200 p.

⁴⁰⁵ « La mode étant l'imitation de qui veut se distinguer par celui qui ne veut pas être distingué, il en résulte qu'elle change automatiquement », Paul Valéry, cité par N. Bailleux et B. Remaury, préc. p. 95.

⁴⁰⁶ Le Figaro, supplément économie du 15 novembre 1999, entretien du DRH de la société BVRP software précisant que le port de la veste et de la cravate ne s'imposait pas aux techniciens informatiques.

⁴⁰⁷ Muriel Jasor, « Code vestimentaire : les canons de la rentrée », les Echos management, 8 septembre 2009, http://www.lesechos.fr/08/09/2009/LesEchos/20504-044-ECH_code-vestimentaire---les-canons-de-la-rentree.htm.

⁴⁰⁸ Muriel Jasor, préc.

⁴⁰⁹ Muriel Jasor, préc.

⁴¹⁰ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

de Cassation rappelle de façon constante qu'elle ne considère pas la liberté de se vêtir comme une liberté fondamentale⁴¹¹. L'employeur peut donc imposer le port d'un uniforme, d'une tenue, d'un insigne ou interdire certains comportements vestimentaires pour des raisons de sécurité, d'hygiène ou en cas de contact avec la clientèle⁴¹². Cette condition n'indique en fait que la motivation de cette atteinte à la liberté du salarié ou sa temporalité. Elles sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir. Si les critères d'hygiène et de sécurité semblent aisés à saisir, cela résulte du fait que les normes sont clairement énoncées par la réglementation, qui précise la tenue de manière explicite, à adopter. Ainsi le port du casque, de chaussures de sécurité ou d'une charlotte est prévu et organisé de façon détaillée par le Code du travail, éventuellement complété par le règlement intérieur de l'entreprise. Cela n'empêche pas les juridictions de vérifier le respect du principe de proportionnalité. Pour exemple, la Cour d'appel de Paris dans une décision du 7 juin 1990 avait considéré comme illicite la note de service interdisant à des salariées de porter un pantalon sous leur robe réglementaire, cette restriction étant manifestement excessive et injustifiée au regard de la nature des tâches à accomplir⁴¹³.

La Cour d'Appel de Nancy dans un arrêt du 10 octobre 2008⁴¹⁴ portant sur le licenciement d'une cuisinière note que cette dernière portait un calot « *moins couvrant qu'une charlotte, prévue par le règlement intérieur ; (...) que cette violation ponctuelle et peu grave de ses obligations contractuelles est insuffisante pour justifier un licenciement* ». Il n'est pas non plus possible pour l'employeur d'imposer une tenue uniquement pour des motifs esthétiques⁴¹⁵, si la nature de la fonction ne le justifie pas.

B. Le contact avec le client

L'examen de la manipulation par la jurisprudence de ce critère nous permet d'examiner l'arbitrage auquel elle procède entre la liberté d'entreprendre et la protection des libertés du salarié. En exigeant strictement une démonstration d'un contact avec le client pour le salarié, cela démontrerait une volonté de protéger l'exercice de sa liberté vestimentaire à l'encontre de l'emprise de l'entreprise. Tel n'est pas le cas.

Paradoxalement et bien qu'il s'agisse d'une condition posée par le juge, réaffirmée de façon récurrente comme nous allons le voir, ce dernier n'examine pas toujours en détail cette condition. En outre, celle-ci fait l'objet de débats doctrinaux⁴¹⁶ assez importants sur les signes vestimentaires à connotation religieuse, comme nous le verrons plus loin. Toutefois, l'expression de sa foi constitue une liberté fondamentale, ce qui n'est pas le cas de la liberté vestimentaire stricto sensu. Ainsi, pour P. Adam « *le seul fait pour le salarié de travailler au contact de clients ne peut suffire à justifier une restriction à sa liberté d'expression religieuse* »⁴¹⁷. De même, selon I. Desbarats⁴¹⁸, cette condition de proximité est nécessaire mais

⁴¹¹ Cass. soc. 28 05 2003 n° 02-40.273, RJS 8-9/03 n°975.

⁴¹² Cass. soc 18 2 1998 n° 95-43.491, RJS 4/98 n° 461.

⁴¹³ 7 juin 1990, 21^{ème} ch., B, JCP E 1991, II, n°191, obs. A. Chevillard.

⁴¹⁴ n° RG 07/02196.

⁴¹⁵ CA Paris, 7 juin 1990, 21^{ème} ch., B, JCP E 1991, II, n°191.

⁴¹⁶ Cf. F. Gaudu, « La religion dans l'entreprise », Dr. soc. 2010, p. 65 ; Ph. Waquet, « Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? », RDT 2009, p. 485 ; C. Brice-Delajoux, « La liberté religieuse sur le lieu de travail », Droit ouvrier 2011, p. 58 ; J. Colonna et V. Renaux-Personnic, « La liberté religieuse du salarié », Gaz. Pal. 8 juin 2013, p. 13, 133t4 ; Halde, délibération n° 2011-67, 28 mars 2011 ; P. Adam, « La crèche et l'au-delà », Semaine Sociale Lamy n° 1515, p.10.

⁴¹⁷ « La crèche et l'au-delà », préc.

⁴¹⁸ I. Desbarats, « Entre exigences professionnelles et liberté religieuse : quel compromis pour quels enjeux ? », JCP S., n°26, 28 juin 2011, p. 1307.

pas suffisante pour apporter une restriction notamment en matière d'exercice de liberté religieuse au sein d'une organisation. Alors que J. Colonna et V. Renaux-Personnic n'hésitent pas à postuler qu'« *on ne voit pas pourquoi le contact avec la clientèle ne constituerait pas, en soi, une justification des limitations à la liberté d'expression religieuse* »⁴¹⁹.

La Halde dans une délibération du 28 mars 2011, proposait l'obligation pour l'employeur de démontrer que « *les fonctions du salarié, le marché sur lequel se situe l'entreprise, le type de produits qu'elle vend rendent indispensable la restriction imposée* »⁴²⁰, ne limitant pas ainsi au seul contact avec le client la condition exigée. En revanche, le Haut Conseil à l'Intégration (HCI) avait proposé dans un avis rendu le 1^{er} septembre 2011⁴²¹ que soit « *inséré dans le Code du travail un article autorisant les entreprises à intégrer dans leur règlement intérieur des dispositions relatives aux tenues vestimentaires, au port de signes religieux et aux pratiques religieuses dans l'entreprise (prières, restauration collective...) au nom d'impératifs tenant à la sécurité, au contact avec la clientèle ou à la paix sociale interne* ».

Le juge n'a pas repris cette exigence pour l'expression de la liberté vestimentaire et se contente parfois de signaler le risque de contact avec le public pour considérer que cette condition est remplie. Il s'agit d'une manifestation d'une attitude bienveillante à l'égard de l'entreprise et de la protection de ses intérêts. Dans d'autres cas, les juges du fond sont plus attentifs au respect de cette condition. Certes, les fonctions habituelles de représentation, de vente, d'accueil sont par nature soumises à cette condition de proximité, et justifient comme nous allons le voir le port d'une tenue uniforme imposée par l'employeur, mais ce n'est pas le cas général. En outre, cette motivation parfois lacunaire de certaines décisions, crée une impression de subjectivité, voire d'opportunisme.

Dans une décision du 16 mars 2001, la Cour d'appel de Paris⁴²² admet que si le port du foulard par une vendeuse peut causer des troubles face à la clientèle, notamment dans une boutique de vente de fruits et légumes, l'employeur est fondé à l'interdire. Le contact avec la clientèle était ici induit par la fonction même de la salariée.

Dans une décision du 6 novembre 2001, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait considéré qu'un employeur pouvait sanctionner une secrétaire d'une agence immobilière, venue travailler en survêtement, se contentant de mentionner qu'elle était en contact avec la clientèle. Le juge ne précise pas si celle-ci pouvait simplement être aperçue par les clients, si elle les accueillait ou les accompagnait en visite d'appartements⁴²³, comme le relève fort justement J. Savatier⁴²⁴. La Cour de cassation ne démontre pas exercer un contrôle réel de l'examen précis de ce point par les juges du fonds, même si l'on peut supposer qu'elle était à l'accueil.

En revanche, dans une décision du 19 juin 2003, la Cour d'appel de Paris estimant qu'une société avait déjà laissé son employée être en contact avec la clientèle vêtue d'un foulard, a infirmé la validité du licenciement prononcé pour refus d'enlever ce foulard en raison de la

⁴¹⁹ « Après Baby Loup : la caissière voilée de Carrefour, note sous CPH 18 septembre 2014, Gaz. Pal. 11 janvier 2015, p. 33.

⁴²⁰ N° 2011-67.

⁴²¹ « Expression religieuse et laïcité dans l'entreprise ».

⁴²² 18^e ch. E, Charni c/ SA Hamon, RJS 11/ 01 n° 1252.

⁴²³ Cass. soc. 6 novembre 2001, Brunet c./ société LR immobilier préc., Droit soc. n° 1, janvier 2002, p. 110, note J. Savatier.

⁴²⁴ J. Savatier, préc.

présence de contact avec la clientèle dans ses nouvelles fonctions⁴²⁵. Le raisonnement de la Cour ne remet pas en cause la nécessité du face-à-face « *client* », mais constate simplement un abus manifeste dans la position de l'entreprise.

La Cour d'appel de Paris a considéré dans un arrêt du 11 octobre 2007⁴²⁶ qu'un cadre responsable commercial portant un bermuda ne commettait pas une faute, dès lors que l'employeur ne lui avait pas demandé de respecter certaines normes vestimentaires et en, l'absence de preuve de contact avec la clientèle. Cette décision est à rapprocher de l'affaire SAGEM, concernant là encore, le port d'un bermuda. En effet, dans la suite de décisions « *SAGEM* »⁴²⁷, où un technicien « *méthode* » s'était présenté à son entreprise habillé d'un bermuda, d'espadrilles et d'une chemisette par une chaude journée de printemps, alors que son employeur lui avait demandé de mettre un pantalon sous sa blouse blanche réglementaire. Cela entraîna le licenciement de l'agent « *pour avoir manifesté à l'égard de sa hiérarchie une opposition forte et persistante à l'application d'une consigne simple respectée par l'ensemble des salariés (...), et avoir fait peser sur la société un risque important de perte d'image de marque auprès des clients de l'entreprise fréquemment présents sur le site* »⁴²⁸. La réalité du contact avec des clients n'était absolument pas évoquée au sein de l'usine dans laquelle il travaille, alors qu'un site de production n'est pas par nature, un lieu où un public nombreux circule. La chambre sociale de la Cour de Cassation mettra un terme à cette affaire dans un arrêt du 12 novembre 2008 en déboutant le salarié, au motif notamment que sa tenue vestimentaire « *était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail qui pouvaient le mettre en contact avec la clientèle* », sans plus de démonstration ou de contrôle de la motivation de la Cour d'appel sur ce contact. Il s'agit bien ici de l'éventualité du contact qui est mis en exergue.

Plus récemment, une décision du 24 juin 2009 de la Cour d'appel de Paris contredit la décision de licenciement d'une entreprise de nettoyage opérant sur le site de la société Disneyland Paris, considérant qu'un agent de nettoyage portant coiffure originale et boucle d'oreilles, ne pouvait être sanctionné, car il n'avait aucune fonction de représentation ou d'accueil⁴²⁹. Là encore, le contact avec la clientèle est évoqué mais sans précision. Il est d'ailleurs intéressant de constater l'absence totale de motivation sur ce point dans la mesure où, à l'intérieur du parc d'attraction, de nombreux agents de nettoyage circulent au vu des visiteurs, qu'ils peuvent aussi être présents dans les bureaux, etc...comme nous le constatons lorsque nous sommes sur le parc.

Ce point sera aussi abordé au travers des décisions portant sur la crèche « *Baby-Loup* »⁴³⁰ relatant le licenciement pour faute grave d'une éducatrice de jeunes enfants, exerçant la fonction de directrice adjointe en raison de sa décision subite de porter le voile, alors que le règlement intérieur prévoyait le respect de principes de neutralité et de laïcité. Ces derniers devaient être appliqués tant dans l'ensemble des activités développées dans les locaux ou

⁴²⁵ CA Paris 19 juin 2003 18e ch., n° 03-30212, Sté Téléperformance France c/ Thari, RJS 2003, n° 1116.

⁴²⁶ N° 06-93, 21^e ch. B, Nottot c/ SARL Dr Import, RJS 4/08 n° 366.

⁴²⁷ CPH Rouen, 30 août 2001, RJS 11/01 n° 1252 ; CA Rouen, 13 novembre 2001, ch. des appels prioritaires, n° 01-3255, Montribot c/ SA Sagem, RJS 2002, n° 8, janvier ; Cass. soc. 28 mai 2003, n° 1507, RJS 2003, n°975, août-septembre ; CA Rouen, 26 septembre 2006 ; Cass. soc. 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-42220.

⁴²⁸ CA Rouen, 13 novembre 2001, ch. des appels prioritaires, n° 01-3255, Montribot c/ SA Sagem, RJS 2002, n° 8, janvier.

⁴²⁹ Pôle 6, chambre 6, n° 07/06058.

⁴³⁰ CPH Mantes la Jolie, 13 décembre 2010 ; CA Versailles, 27 octobre 2011 ; Cass. soc., 19 mars 2013 ; CA Paris, 27 novembre 2013 ; Cass. Ass. Plén. 16 juin 2014 n° 13-28.369, avec de très nombreux commentaires, notamment P. Devolvé, « Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby-Loup », RFDA 2014.954 ; AJDA 2014. 1293 ; *ibid.* 1842, note S. Mouton et T. Lamarche ; C. Radé, D. 2014. 1536 ; F. de la Morena, AJCT 2014. 511 et 337 ; J. Mouly, Dr. soc. 2014. 811 ; J. Hauser, RTD civ. 2014. 620.

annexes de la crèche qu'en accompagnement extérieur. La crèche se livrait à une activité d'accueil des enfants, mais aussi d'insertion professionnelle, en privilégiant l'embauche des femmes du quartier. La décision du Conseil des Prud'hommes de Mantes-la-Jolie du 13 décembre 2010⁴³¹ ne mentionne pas ce point et argumente davantage sur la légalité du règlement intérieur. En revanche, la Cour d'appel de Versailles dans son arrêt du 27 octobre 2011 prend soin de remarquer qu'il résultait d'une attestation d'une éducatrice que la directrice adjointe « *au titre de ses fonctions, était en contact avec les enfants* »⁴³².

La chambre sociale de la Cour de cassation se limitera pour sa part à infirmer la décision de la Cour d'appel en mettant en exergue la portée trop générale et imprécise de la restriction imposée par le règlement intérieur⁴³³. Les juridictions, notamment le Conseil d'Etat s'accordent sur le fait « *qu'un prohibition générale et absolue est invalide, même dans une entreprise dite de tendance* »⁴³⁴. La Cour d'appel, en renvoi, dans sa décision du 27 novembre 2013⁴³⁵, prendra l'exact contre-pied de cette appréciation sur la formulation de la clause, et ne fait aucune mention du contact de la directrice adjointe avec le public, alors même qu'elle précise que la clause litigieuse du règlement intérieur « *exclut les activités sans enfants* ». En revanche, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière⁴³⁶, constatera que la crèche était une association « *de dimension réduite, employant seulement dix-huit salariés, qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents* ». Là encore, le juge ne recherche pas l'effectivité de ce contact ou la démonstration de cette effectivité, mais se limite à une éventualité, à une possibilité. L'attestation émise par l'une des salariés démontrant l'existence de relation entre le public et la directrice adjointe ne paraît pas, en définitive pas impérative, dès lors que la structure est de petite dimension. Ce dernier critère n'étant pour l'instant pas d'une grande précision, on peut s'interroger sur l'effectif qu'aurait une entreprise qui ne serait plus de petite dimension. Il est aussi loisible de remarquer que la Cour de cassation aurait pu faire référence à la fonction de la salariée. Pour confirmer l'existence de cette approche chez les juges du fond, un arrêt du 20 août 2014⁴³⁷, rendu par la Cour d'appel de Metz, expose que la tenue « *débraillée* » d'un agent de sécurité est un grief pouvant lui être reproché, dès lors qu'il « *était susceptible d'être vu par des employés de l'entreprise cliente* ».

Cette absence d'un véritable contrôle approfondi interpelle. Le juge se contente en fait du risque de contact avec les clients, comme il se réfère au risque d'atteinte à l'image de l'entreprise. Il s'agit là d'une attitude protectrice de l'entreprise, et de son image. Il est possible d'y voir une soumission de la liberté de se vêtir, de la liberté d'expression à la liberté d'entreprendre, une soumission des droits du salarié portant sur sa tenue à la protection véritable ou supposée des intérêts de l'entreprise, notamment au regard de son image.

Il faut signaler toutefois, une décision qui semble isolée du Conseil des prud'hommes de Lyon du 18 septembre 2014⁴³⁸, portant sur le licenciement pour faute sérieuse d'une hôtesse de caisse au sein d'un supermarché, souhaitant porter le voile, alors que le règlement intérieur prohibait tout signe ostentatoire religieux. Le Conseil a considéré que le seul contact avec la clientèle

⁴³¹ Cf. notamment le commentaire de M. Hautefort, *Jurisprudence Sociale Lamy* 2011.293.

⁴³² Arrêt n° 10/05462, R.G. n° 10/05642.

⁴³³ Arrêt du 19 mars 2013, n° 11-28.845.

⁴³⁴ Cf. commentaire de M. Huglo, *Etude du Conseil d'Etat* du 19 décembre 2013, point 1.3 ; rapport de M. L. Truchot p. 77, Cass., Ass. Plén., 16 juin 2014, Mme Fatima X... C/association Baby-loup, pourvoi n° E13-28.369.

⁴³⁵ N° S 13/02981.

⁴³⁶ Ass. Plén., 16 juin 2014 préc.

⁴³⁷ Ch. soc., C. c/ SARL Securitas.

⁴³⁸ N° 13-00187 ; J. Colonna, V. Renaux-Personnic, « *Après Baby Loup : la caissière voilée de Carrefour* », *Gaz. Pal.*, 11/01/2015.

n'était pas un argument suffisant, bien que l'employeur produise des sondages sur les français et le port de signes religieux, attribuant une connotation négative à ces derniers, notamment lorsqu'ils démontrent une appartenance à la religion musulmane. Il a considéré très curieusement que cette exigence concernant la tenue vestimentaire était contraire avec la vente de produits répondant à des rites religieux au sein de l'établissement. En conclusion, le juge a considéré que l'entreprise ne démontrait pas réellement les risques pour les intérêts financiers de l'entreprise, ce qui est une condition sous-jacente au contact avec la clientèle. La liberté vestimentaire peut-être restreinte en cas de contact avec la clientèle, car cela peut affecter le chiffre d'affaires de l'entreprise, et donc présenter un risque financier.

En résumé, tant les juges du fond que la Cour de cassation exigent simplement l'éventualité d'un contact avec les clients, et dans l'ensemble, nous pouvons constater le peu d'approfondissement dont ce critère fait l'objet de la part du juge.

C. Les caractéristiques de la tenue

L'examen des caractéristiques des tenues retenues par la jurisprudence à l'encontre du salarié, nous permet d'examiner là encore l'approche de celle-ci dans l'équilibre à trouver entre liberté d'entreprendre et liberté vestimentaire du salarié. Force est de constater que le principal acteur des atteintes n'est plus réellement l'employeur, mais bien le juge lui-même, car usant de l'article L. 1121-1 du code, il se fait créateur de la règle de droit concernant cet aspect.

1. L'absence de tenue vestimentaire et la tenue indécente

En premier lieu, il convient de préciser que si la tenue vestimentaire du salarié peut influencer sur l'image de l'entreprise, l'absence de tenue le peut tout autant, pour des fonctions ne nécessitant pas de travailler dévêtu. Ainsi un salarié, technicien de maintenance en électronique traversant entièrement nu le hall d'accueil de son entreprise en présence d'un client, s'est vu licencier pour faute grave. La Cour d'appel a retenu que ce comportement pouvait non seulement perturber le bon fonctionnement de l'entreprise mais aussi nuire à son image à l'égard des clients⁴³⁹. Dans sa décision, la Cour d'appel ne justifie toutefois pas spécifiquement en quoi cette nudité pouvait nuire au fonctionnement de l'entreprise, ni nuire à l'image de l'entreprise. D'un strict point de vue formel, elle n'attend d'ailleurs aucune preuve de cette nuisance, alors même qu'un client était présent et aurait pu témoigner. Pour le juge, la nudité suffit en elle-même, au regard du contexte, à nuire à l'image de l'entreprise.

Plus complexe est la définition d'une tenue indécente à une époque, où la nudité s'expose souvent. Concernant une tenue indécente, une « *semi nudité* », le juge dans une décision du 22 juillet 1986 avait confirmé le licenciement d'une salariée portant un chemisier semi-transparent, après plusieurs mises en garde de l'employeur⁴⁴⁰. De même, une ambulancière avait été licenciée en raison d'une jupe trop courte et de « *tee-shirts si échancrés qu'on voyait son soutien-gorge* »⁴⁴¹, tenue s'accompagnant parfois d'épanchements sentimentaux inconciliable avec sa fonction en contact direct avec la clientèle. La chambre sociale dans une décision du 18 mai 1999, n'y trouva rien à redire. La Cour d'appel de Douai, le 30 septembre 2010 confirma la validité du licenciement d'une vendeuse en boulangerie ayant porté à deux reprises une robe

⁴³⁹ CA Toulouse 9 décembre 2004 n° 04-1239, 4^e ch., Chicheportiche c/.SARL Labo Service TV

⁴⁴⁰ Cass. soc. 22 juillet 1986 n° 82-43.824 et Nancy, 29 novembre 1982, D. 1985, juris., p. 354 note Lapoyade-Deschamps.

⁴⁴¹ Cass. soc. 18 mai 1999, arrêt n° 2296.

permettant de voir ses sous-vêtements⁴⁴². Enfin, la Cour d'appel de Nîmes a confirmé la sanction disciplinaire infligée à une salariée qui portait des tenues laissant apparaître outre ses tatouages, un décolleté provoquant⁴⁴³.

2. La tenue vestimentaire

Il n'existe aucun corps de règles précis relatif à l'habillement, hormis les règles relatives à l'hygiène et la sécurité. Le critère du contact avec la clientèle ne précise en réalité que le moment où le pouvoir de direction de l'employeur peut intervenir en relation avec le but poursuivi (la protection de l'image de l'entreprise ou l'identification du salarié par le client), et en aucun cas le modèle ou la norme applicable. Ce principe permet donc à l'employeur soit d'imposer une tenue, soit d'en interdire certaines.

Toutefois, le juge doit vérifier obligatoirement que l'atteinte portée aux droits des salariés par les dispositions contenues dans le règlement intérieur ou le contrat de travail, est justifiée par la nature de la tâche à accomplir. Le juge doit vérifier la légitimité de l'exigence de l'employeur. Ainsi, dans un arrêt du 18 février 1998 relatif au licenciement d'un salarié ne portant pas une blouse pourtant obligatoire, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en précisant que « *les juges auraient dû rechercher si l'obligation du port de la blouse était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* »⁴⁴⁴. La Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel aurait dû rechercher « *si la restriction apportée par l'employeur à la liberté individuelle du salarié de se vêtir était légitime* », avant de se prononcer sur la validité du licenciement⁴⁴⁵. En pratique, les cas les plus aisés concernent le port obligatoire d'une tenue. Le motif du licenciement est disciplinaire, lorsqu'il enfreint le code vestimentaire de l'entreprise.

a. Le port obligatoire d'une tenue

Celle-ci ne peut être imposée qu'en cas de contact avec la clientèle, ou pour des raisons d'hygiène et de sécurité. Le juge doit alors simplement vérifier la présence d'un contact avec la clientèle, qui constitue la justification de la décision et le respect du principe de proportionnalité. La désignation de la tenue permet au juge de rechercher si celle-ci correspond ou non aux critères sociologiques actuels, pour résumer, si la tenue porte atteinte ou non à une norme sociale de référence. La CEDH dans sa décision Eweida du 15 janvier 2013 a considéré comme légitime le souhait pour l'entreprise de mettre en place une image de marque se traduisant par une tenue vestimentaire imposée à ses salariés en contact avec la clientèle⁴⁴⁶. L'Avocate générale Sharpston défend la même position dans ses conclusions relatives à l'affaire Bougnaoui⁴⁴⁷.

Les cas d'annulation de la décision de l'employeur sont rares, et procèdent généralement d'une décision générale à l'égard du personnel portant sur l'habillement, plutôt que d'une véritable remise en cause de ce pouvoir de l'employeur, dès lors qu'il y a un contact ou l'éventualité de celui-ci avec le client. Ainsi, le bien fondé du licenciement d'un agent de surveillance d'une

⁴⁴² N° 09/03045.

⁴⁴³ 10 septembre 2013, n° 12/00015.

⁴⁴⁴ Cass. soc. 18 février 1998, Dr. soc. 1998, p. 506.

⁴⁴⁵ Cass. soc. 18 février 1998, n° 860 PB Bouéry c/ Sté Sleever International, RJS 1998, n° 461.

⁴⁴⁶ Eweida et autres c. Royaume-Uni, § 94.

⁴⁴⁷ CJUE, Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) Contre Micropole SA, C-188/15, conclusions déposées le 13 juillet 2016, § 116.

société de gardiennage a été confirmé par la Cour de cassation, car celui-ci refusait de porter la tenue réglementaire⁴⁴⁸ ainsi que pour un veilleur de nuit dans un hôtel de grand standing qui refusait de porter notamment une cravate⁴⁴⁹. La Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 21 septembre 1992, considérait qu'un centre commercial avait la possibilité d'imposer le port par ses salariés de vêtements de travail, fournis par l'entreprise, dans le but de permettre aux clients de les identifier rapidement et d'améliorer son image de marque⁴⁵⁰. De même, le refus réitéré d'une ouvrière de porter sur sa blouse de travail le badge indiquant au service de sécurité son appartenance à l'entreprise, a été considéré comme une faute grave justifiant son licenciement⁴⁵¹. En 1984, la Cour d'appel de Paris avait admis l'uniforme des hôtesse d'aéroport⁴⁵². En revanche, le port du costume et d'une cravate ne se justifient pas pour un technicien d'exploitation d'après la Cour d'appel de Paris, selon un arrêt du 24 juin 2010⁴⁵³.

Dans une décision du 20 juin 2006, la Cour de cassation considérait comme illicite le fait d'imposer une tenue de travail à l'ensemble du personnel sur le site d'un centre commercial, dès lors que cette contrainte apparaissait comme injustifiée au regard de la nature de la tâche à accomplir et disproportionnée au regard du but recherché⁴⁵⁴. En l'occurrence, il s'agissait ici du port obligatoire d'une jupe arrivant jusqu'aux genoux, pendant les heures de travail. Il est évident que d'imposer cette norme générale à l'ensemble des salariés, ne pouvait se défendre aisément, y compris par un quelconque risque pour l'image de l'entreprise.

Plus récemment, dans un arrêt du 13 février 2008, une assistante responsable des réservations au sein d'un grand hôtel parisien avait refusé de porter l'uniforme imposé par son employeur, sollicitant l'ajout de quelques centimètres de plus pour sa jupe ou l'autorisation de porter un pantalon. Elle fut licenciée pour faute grave et cette décision ne fut pas remise en cause par la Cour de cassation⁴⁵⁵, cette dernière considérant que la contrainte vestimentaire « *imposée à la salariée était justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* ».

De même, une vendeuse au sein d'un magasin de prêt-à-porter Gérard Darel devait porter des tenues du magasin, fourni par l'employeur. La salariée avait refusé à plusieurs reprises cette obligation, ce qui a motivé son licenciement. La Cour d'appel de Metz dans un arrêt du 3 mars 2009, a considéré qu'il s'agissait d'une obligation proportionnée au but recherché, et que la salariée étant en contact avec la clientèle n'avait pas respecté ses obligations contractuelles, confirmant par là même, la validité de son licenciement⁴⁵⁶. Dans une décision du 24 mars 2010, la Cour d'appel de Paris a considéré qu'une entreprise de Pompes funèbres pouvait demander à ses salariés de s'habiller en noir, y compris les chaussettes⁴⁵⁷.

La Cour de cassation a confirmé que des agents de surveillance « *vidéos* », travaillant sur des écrans dans un local inaccessible au public au sein d'un magasin Carrefour, qui n'étaient pas

⁴⁴⁸ Cass. soc. 17 avril 1986 n° 85-41.325 (n°773 S) et dans le même sens CA Paris 8 avril 1994 n° 93-36002, 21^e chambre C, sté SPS sécurité c/Yapo.

⁴⁴⁹ CA, Paris 18 janvier 1991 n° 90-34690, 22^e ch. B, Arfaoui c/ SA Hôtel du Boi.

⁴⁵⁰ 21 septembre 1992, Syndicat du commerce 78 et a. c. société Carrefour Montesson.

⁴⁵¹ CA Paris, 21 décembre 1990 n°90-34368, 22^e ch. B, Nevo-Ramos c/Sté Vitron et Services.

⁴⁵² CA Paris, 13 mars 1984.

⁴⁵³ n° 08/10334, P. 6 ch. 7, SAHN Services c/ R.

⁴⁵⁴ Cass. soc. 20 juin 2006, société AAF la Provence c./ Mme Marzouqi, cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1^{er} décembre 2006, n° 185, p. 479, note H. Gillier.

⁴⁵⁵ Cass. soc. 13 février 2008, n° 06-43784, non publié.

⁴⁵⁶ CA, ch. soc. Metz 3 mars 2009 n° 06-2417, SA Maurice Gladek c/Becker.

⁴⁵⁷ CA Paris, 24 mars 2010, n° 08-9032, ch. 6-9, SA OGF c/ L.

en contact avec la clientèle, ne pouvaient en aucun se voir contraint de porter un uniforme⁴⁵⁸, alors même que la convention collective prévoyait le port de l'uniforme pour les agents de manière générale.

La Cour d'appel de Metz dans une décision du 20 août 2014 a considéré qu'un agent de sécurité affecté sur le site d'un client dans une salle avec parois vitrées transparentes, donc susceptible d'être vu par des salariés de l'entreprise cliente, pouvait se voir imposer un uniforme et le fait de ne pas porter de cravate et sa chemise en dehors du pantalon constituait bien un grief que son employeur pouvait invoquer à l'appui de son licenciement⁴⁵⁹.

De même, l'entreprise ne peut reprocher au salarié de ne pas porter la blouse obligatoire fournie par celle-ci, dès lors justement que l'employeur ne lui a pas mise à disposition. En l'occurrence, le salarié était venu travailler en polo de couleur vive, à manches courtes et col ouvert, sans manifester d'opposition au port de la blouse⁴⁶⁰.

Les salariés qui ne sont pas en contact avec la clientèle ne peuvent se voir imposer le port d'un uniforme sauf pour des raisons d'hygiène et de sécurité, et encore l'employeur doit-il démontrer la réalité de ces motifs. Ainsi, un menuisier avait refusé de porter un uniforme, dont il n'était pas démontré qu'il avait une vocation spécifique de protection, et avait vu son licenciement invalidé pour ce motif par la Cour d'appel de Toulouse⁴⁶¹.

La Cour de cassation veille donc scrupuleusement au respect par les juges du fond de leur obligation de vérifier la proportionnalité de l'obligation imposée par l'employeur au regard du but recherché, conformément aux exigences de l'article L. 1121-1 du Code du travail. La situation est plus complexe lorsque l'employeur ne définit pas de tenue spécifique et qu'il remet en cause l'habillement de son salarié.

b. Le contact avec la clientèle sans tenue obligatoire

Le juge doit alors procéder à un examen beaucoup plus complexe, en l'absence de corps de normes clairement précisées, en se fondant sur l'article L. 1121-1, qui en pratique ne lui donne aucune indication précise. Conformément aux principes généraux de procédure, il appartient aux parties de démontrer le bien-fondé de leurs prétentions. Ainsi, un employeur invoquant une tenue inadéquate devrait le prouver, sauf si celle-ci est manifestement inacceptable, telle que la nudité par exemple. En l'absence d'éléments fournis, le juge devrait débouter la partie concernée par cet aspect des règles de preuve.

Force est de constater que ce n'est pas le cas. Le juge fait référence à la tenue acceptable ou non, d'un strict point de vue sociologique et par le biais de sa propre vision. Il définit lui-même progressivement une norme d'habillement du salarié au sein de l'entreprise, en autorisant ainsi le port du jean pour un cadre lors d'un rendez-vous commercial et interdisant le port du bermuda sous une blouse pour un technicien travaillant en usine. Sa démarche le conduit inexorablement vers la construction d'un corpus de règles, sans toutefois qu'il puisse justifier réellement de leur légitimité, ne pouvant s'appuyer clairement sur des normes reconnues par tous. Il s'agit là non pas, de la vision de l'employeur, mais bien de celle du juge. Paradoxalement, en ne fondant pas ses décisions sur des preuves tangibles, et en procédant uniquement par affirmation, le juge

⁴⁵⁸ Cass. soc. 3 juin 2009, n°08-40.346 Sté Oise protection c/Habti.

⁴⁵⁹ CA Metz, ch. soc. 20 août 2014, C. c/ SARL Securitas.

⁴⁶⁰ CA Paris 23 novembre 1987 n°86-30307, 18^e ch. A, SA Meunier et Cie c/ Mendez.

⁴⁶¹ 7 juin 2001, n° 00-4707, Cau c/ SARL Escaliers Dumas.

nous permet d'apercevoir ces propres stéréotypes. A l'arbitraire de l'employeur succède en définitive l'arbitraire du juge.

Il faut aussi remarquer que la jurisprudence fait référence à ce que l'employeur pense être l'attente de ses clients, et « *le risque* » de donner une mauvaise image. En aucun cas, il n'exige une démonstration de cette atteinte à l'image. Une philosophie protectrice des intérêts de l'entreprise transparait de nouveau. Enfin, plus rarement, le juge va sanctionner une tenue car celle-ci est de nature à susciter un trouble au sein de l'entreprise. La subjectivité de la démarche est d'autant plus critiquable que l'habillement de nos jours est devenu une réalité complexe aux codes très diversifiés qui nécessite une analyse plus poussée que celles pratiquées actuellement. Pire, le juge court le risque de se contredire au travers des nombreuses affaires. La protection des intérêts de l'entreprise disparaît au profit d'une forme d'arbitraire générée par une appréciation subjective du juge. Et c'est finalement celui-ci qui apporte des limites à la liberté vestimentaire, et non l'employeur.

1) Les difficultés inhérentes à l'appréciation

La difficulté réside à deux niveaux. La première se rencontre dans le choix de la norme de référence. Il existe un premier niveau de norme au niveau de la société elle-même, et de ce qu'elle juge acceptable comme tenue vestimentaire. Le port de la moustache par un avocat ou d'un pantalon par une jeune députée sont de parfaits exemples de l'existence de normes en la matière comme nous l'avons indiqué précédemment, et de leur difficulté d'appréciation. A un second niveau, les entreprises d'un même secteur peuvent avoir des codes vestimentaires assez proches, et qui par définition, seront distincts des autres secteurs d'activité. La tenue vestimentaire est une donnée culturelle au sein de l'entreprise elle-même. Et les services de l'entreprise ont eux-mêmes leurs propres règles à ce sujet. Bien évidemment, la tenue est aussi une variable du niveau hiérarchique du salarié. Il est donc intéressant de constater que c'est l'entreprise, qui par l'entremise de sa propre culture engendre son propre système normatif⁴⁶².

L'employeur et a fortiori le juge, doivent donc se positionner au regard de ses différents niveaux de normes, à savoir une norme générale d'acceptation d'un vêtement liée à notre société, et une norme interne liée à l'entreprise, au positionnement hiérarchique puis au niveau du service lui-même. En définitive, le juge devrait être amené à examiner le code culturel mis en place au sein de l'entreprise par la collectivité des salariés, en se fondant sur les éléments apportés par les parties. Ainsi, un employé chargé de la mise en rayon dans un supermarché ne sera pas soumis aux mêmes règles vestimentaires par son employeur, qu'un salarié chargé d'accueillir la clientèle au sein d'une banque d'affaires. Concrètement, un salarié occupant la même fonction et la même position hiérarchique peut être soumis à des règles vestimentaires différentes suivant le secteur d'activité dans lequel il travaille. L'évaluation de la conformité de la tenue par l'employeur puis par le juge, devrait donc tenir compte du contexte culturel de l'entreprise⁴⁶³.

⁴⁶² « Septembre sonne la fin du relâchement vestimentaire et rappelle, s'il en est besoin, à ceux qui auraient tenté de l'oublier que l'entreprise reste un milieu culturel spécifique dont les membres sont priés d'adopter sans rechigner les codes identitaires : de l'habitude de rester tard au bureau à l'usage d'un vocabulaire commun, en passant par un éventuel rite de déjeuner collectif et de tutoiement systématique ainsi que l'adoption d'une certaine façon de s'habiller. », M. Jasor préc.

⁴⁶³ Ce contexte est spécifique à chaque entreprise. Dans la Silicon Valley, aux Etats-Unis, « A Mountain View (siège californien de LinkedIn), porter une veste est incongru », prévient Reid Hoffman, le fondateur de LinkedIn. Mieux, alors que dans une soirée d'entreprise classique, un code vestimentaire semi-formel sous-entend une robe ou un tailleur pour les femmes et un costume-cravate sombre pour les hommes, chez les mordus d'informatique et de technologies (les fameux « geeks »), cela signifie tout simplement un pantalon « classique » et une « jolie » chemise. » M. Jasor, préc.

Le juge devrait aussi réfléchir à l'acceptabilité de la norme émise par l'entreprise elle-même au regard de nos exigences sociétales. L'exigence de l'entreprise doit répondre au principe de proportionnalité.

Dans tous les cas, l'inconvenance de la tenue ne doit pas être discutable pour provoquer une sanction ; elle doit justement ne pas provoquer de discussion et être considérée comme absolument inacceptable. Et dans tous les cas, la décision qu'elle émane de l'employeur ou du juge doit se fonder sur des modalités de preuve incontestables. Or l'instrument de mesure réside uniquement dans l'appréciation de l'employeur au regard du risque encouru, prolongée par celle du juge. Il est donc impératif que l'employeur démontre que les codes vestimentaires en vigueur n'ont pas été respectés. Le juge examine, explique et justifie la proportionnalité de la décision de l'employeur au regard des exigences posées par le critère du contact avec la clientèle. Le rôle du juge du fond est primordial, notamment d'un point de vue pédagogique.

La seconde difficulté réside dans la démonstration de l'incompatibilité de la tenue, et ce d'autant plus que les mœurs et la mode évoluent⁴⁶⁴. Il s'agit ici d'un exercice difficile sauf si l'incompatibilité est manifeste. Cette démonstration nécessite un réel diagnostic de la situation et une démonstration sans ambiguïté.

2) La démarche du juge

En pratique, le juge se limite à vérifier avec peu de précision, le contact ou l'éventualité d'un contact avec la clientèle, comme nous l'avons vu, avant d'énoncer la compatibilité de la tenue de ce dernier avec son système normatif. Dans un premier temps, il va classiquement vérifier la réalité des faits, puis se réfère ensuite au contexte de la relation de travail, et aux mœurs actuelles.

Ainsi dans un arrêt du 9 octobre 2008⁴⁶⁵, portant sur le licenciement d'un ingénieur d'études en informatique en raison de sa tenue vestimentaire et d'un langage inapproprié face à un client lors d'une présentation commerciale, il était reproché cette salariée, cadre informatique, d'être habillée en jean et bottes lors d'une présentation commerciale à un client, en compagnie du directeur commercial. La Cour affirma que s'il était admis que la salariée fut habillée de la sorte « *une telle tenue ne serait encore, en elle-même, de nos jours, et dans un tel contexte, en rien incongrue ni déplacée, mais demeurerait tout au contraire parfaitement correcte, y compris pour un ingénieur d'études, fut-il cadre, pour autant du moins qu'elle fût normalement soignée, ce qui n'est pas, en tant que tel, précisément contesté..., que le port du jean et bottes, étant en lui-même notoirement insuffisant à caractériser une tenue vestimentaire négligée* ».

Les normes de référence de la Cour d'appel sont clairement énoncées. Elle utilise la référence aux normes générales d'habillement dans notre société, puis au contexte professionnel et enfin au positionnement hiérarchique et à l'aspect soignée. En l'espèce, elle utilise le caractère soigné de la tenue comme critère de décision. Elle ne fonde pas sa décision sur le port du jean en lui-même qui lui paraît en soi sans conséquence. Ce critère du caractère soigné de la tenue avait

⁴⁶⁴ Une enquête menée dans 12 pays par le réseau Iris montre qu'une tendance de fond vers plus de décontraction vestimentaire en entreprise se dessine en Europe. Plusieurs raisons sont avancées : « un, les collaborateurs - surtout les plus jeunes - sont soucieux de davantage de confort et de décontraction. Deux, des marques qui prônent la qualité de vêtements tout à la fois originaux, bon marché et confortables ciblent avec succès les actifs de tous âges. Enfin trois, signe des temps, les employeurs hésitent de plus en plus à imposer un strict code vestimentaire de peur de faire fuir les meilleurs talents. », M. Jason, préc.

⁴⁶⁵ CA Paris, 21^e ch., B, 9 octobre 2008, n°06-13511, SA 3S informatique c/Lebas.

déjà été énoncé dans un arrêt du 24 janvier 1991 portant sur le licenciement d'un pilote ; la Cour de cassation avait alors précisé que la négligence dans la tenue vestimentaire ne justifiait pas un licenciement⁴⁶⁶. La Cour n'utilise pas d'autres référentiels, car la société ne lui a pas précisé si les siens étaient différents, si son personnel portait habituellement une autre tenue. On perçoit immédiatement le risque pour le juge de voir ses décisions incomprises ou contestées, qualifiées même d'arbitraires s'il omettait d'apporter une démonstration claire et objective.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 12 octobre 1988⁴⁶⁷, avait considéré que « *le port par M. X., employé comme inspecteur, d'une petite boucle d'oreille n'étant pas de nature à (...) choquer la clientèle compte tenu de l'évolution des mœurs et de la nature du magasin où il était affecté* ». De même, la Cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt du 27 novembre 1998⁴⁶⁸ avait considéré qu'un employeur avait outrepassé son pouvoir de direction « *en exigeant de M. X qu'il retire pendant son service le petit diamant qu'il portait à l'oreille gauche (...) s'agissant d'un bijou discret, couramment porté notamment parmi les hommes de sa génération* ».

Mais encore, l'habillement d'un chargé de clientèle, certes en période de canicule, vêtu d'un débardeur échancré et d'un pantalon « *treillis* » ne pose aucune difficulté au regard des circonstances climatiques particulières ainsi que « *des caprices de la mode* », cet habillement ne présente aucun caractère inconvenant ou négligé et peut-être qualifié d'usuel, surtout si celui-ci est propre et soignée⁴⁶⁹. Dans ces deux affaires, le juge recourt de manière explicite aux normes sociales telles qu'il les perçoit, pour justifier sa décision. La propreté y tient une place prépondérante, au détriment de l'habit lui-même. Cet aspect était aussi présent dans les décisions très médiatisées relatives au port du bermuda par un salarié de la Sagem. Un agent technique des méthodes pouvant avoir des contacts épisodiques avec la clientèle, s'est présenté à son entreprise habillé d'un bermuda, d'espadrilles et d'une chemisette par une chaude journée de printemps. Son employeur lui a demandé de mettre un pantalon sous sa blouse blanche réglementaire. Il refusa, s'obstina. Les parties se sont emmurées dans leur position respective jusqu'au licenciement du technicien « *pour avoir manifesté à l'égard de sa hiérarchie une opposition forte et persistante à l'application d'une consigne simple respectée par l'ensemble des salariés (...), et avoir fait peser sur la société un risque important de perte d'image de marque auprès des clients de l'entreprise fréquemment présents sur le site* ». Il est vrai que le licenciement du salarié fut justifié tant par des reproches sur son habillement, que de manière plus générale, sur son comportement. L'un des intérêts de cette affaire réside dans le fait qu'elle a parcouru toute la chaîne juridictionnelle tant en référé que sur le fond. La position des juges n'a varié à aucun moment sur l'appréciation de la tenue du salarié.

Rappelons qu'un agent technique des méthodes⁴⁷⁰ définit et décrit les gammes de fabrication des produits industriels. Il veille à l'adéquation entre capacités de production et charges de travail. L'emploi s'exerce en bureau et en atelier de production, et donne lieu à des déplacements dans l'entreprise. L'activité comporte des relations de collaboration avec les services de la production, des études, des approvisionnements et les services commerciaux, ainsi que des liaisons avec les fournisseurs et les sous-traitants. Il ne s'agit pas à proprement parler, d'un emploi administratif, mais il est possible qu'il y ait parfois un contact avec la clientèle visitant

⁴⁶⁶ Cass. soc. 24 janvier 1991, n° 89-40761.

⁴⁶⁷ N° 345596/87.

⁴⁶⁸ N° 97/05400.

⁴⁶⁹ CA Paris, 18^e ch. soc., 9 septembre 2005 n° 04-36314, E, Navas c/ SA Téléperformance France.

⁴⁷⁰ Code ROME 52111.

le site de production. Paradoxalement, le contact ou non avec la clientèle n'est pas un point qui a été mis en avant par la défense du salarié.

Le salarié avait d'abord saisi le Conseil des Prud'hommes en référé afin d'obtenir l'annulation de son licenciement. Il se fondait essentiellement sur le caractère discriminatoire du procédé. Il estimait que le fait que la société Sagem interdise aux hommes « *de porter le bermuda par les usages sociaux en matière vestimentaire, qui réservent aux femmes certains vêtements, par l'intérêt de l'entreprise de présenter à ses clients une image conforme à leur attente* » était une pratique sexuelle discriminatoire, créant une différence de traitement entre les hommes et les femmes à situation identique, sans motif objectif. Ses prétentions seront écartées par le Conseil des Prud'hommes⁴⁷¹, au motif que M. Monribot ne prouvait pas que cette position ait une « *motivation cachée autre que celle déclarée* » par son employeur.

Dans un second temps, le Conseil fait référence à la norme en vigueur. Les premiers juges affirment ainsi que « *la société française réserve le port de certains vêtements aux femmes, même si le nombre de vêtements « unisexe » tend à augmenter. La situation n'est donc pas identique entre les sexes en matière vestimentaire.* » Il faut noter que cette affirmation d'ordre générale ne peut en rien justifier une quelconque position. Il est évident qu'au sein de notre société française, il existe encore des différences de tenue vestimentaire entre hommes et femmes mais il est tout aussi évident qu'il existe des vêtements unisexes dont fait partie justement le bermuda. Mais, le juge n'explique pas en quoi le port du bermuda dans cette entreprise, dans ce service, à ce niveau hiérarchique est contraire à la norme générale, à l'image de l'entreprise. Les juges affirment en outre, que cette interdiction est justifiée par « *l'intérêt de l'entreprise, et ce qu'elle pense être l'attente de ses clients* », ce qui constitue selon eux un motif objectif recevable, même si « *leur mise en œuvre est subjective* ». La motivation du Conseil des Prud'hommes est ici malheureuse, mais révélatrice. Le Conseil précise que c'est l'employeur lui-même qui imagine ce que peuvent être les attentes de ses clients, sans avoir à en apporter aucune démonstration. Il est en quelque sorte juge et partie. Or justement, le juge n'évalue pas réellement cette exigence de l'employeur. Au contraire, le Conseil précise que la mise en œuvre de ce principe est subjective. Il ne faudrait justement pas qu'il y ait subjectivité dans la mise en œuvre mais bien au contraire une objectivité totale. La Cour d'Appel⁴⁷² dans un arrêt du 13 novembre 2001 confirmera cette position. Elle énonce notamment qu'il s'agit « *d'une tenue vestimentaire inhabituelle pour un administratif considéré comme apportant un trouble dans l'entreprise et susceptible d'en donner une mauvaise image au client* ».

Les juridictions confirment ici l'utilisation du critère du but recherché qui est la préservation de tout risque d'atteinte à l'image de l'entreprise auprès de ses clients. Or, la dangerosité de ce critère apparaît tout entière dans la mesure où le Conseil des prud'hommes fait référence à ce que la société pense être l'attente de ses clients, et la Cour d'appel « le risque » de donner une mauvaise image. En pratique, cela permet à l'employeur d'augmenter considérablement son emprise sur les comportements des salariés et de restreindre leurs libertés individuelles, et ce d'autant plus que la réalisation du risque, l'atteinte à l'image, n'a pas à être démontrée. Il reste toutefois soumis à l'appréciation du juge, qui n'obéit qu'à son propre corpus de normes. La Cour de Cassation, qui dans son arrêt du 28 mai 2003 rappelle que « *la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales* » avant de confirmer la position des juges du fond estimant que « *la tenue vestimentaire de M. M...était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail* » de sorte « *qu'il n'y avait pas de troubles manifestement illicites qu'il y avait lieu de faire cesser* ». Le salarié a ensuite

⁴⁷¹ En formation de départage toutefois.

⁴⁷² CA Rouen, 13 novembre 2001, n° 01-3255, Monribot c/ SA Sagem, RJS 2002 n° 8, janvier.

de nouveau saisi les juridictions au fond afin d'obtenir une solution définitive. La chambre sociale de la Cour de Cassation mettra un terme à cette affaire dans un arrêt du 12 novembre 2008 en déboutant le salarié, au motif notamment que sa tenue vestimentaire « *était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail qui pouvaient le mettre en contact avec la clientèle* ». La réponse de la Cour de cassation apparaît laconique face aux arguments du pourvoi. En effet, le salarié reprochait (à notre sens, fort justement) l'absence d'explication de la part de la Cour d'appel sur l'incompatibilité avec l'exercice de sa fonction.

Cette affaire qui a cheminé tout au long de la voie judiciaire, démontre en réalité la difficulté de la mise en œuvre de ce contrôle du juge sur l'habillement et la motivation de celui-ci en dehors de tout corpus réglementaire de référence. En effet, le juge ne précise pas en quoi il y a incompatibilité avec les fonctions. Il se contente uniquement de l'affirmer sans procéder à une quelconque démonstration, ce qui génère une impression d'arbitraire.

3) La subjectivité de la démarche

L'examen approfondi de la jurisprudence fait donc apparaître des appréciations du juge très diverses, et paradoxalement peu motivées. Il est difficile au lecteur d'en ressentir le fil directeur, ce qui confirme notre analyse et une donne une forte impression de subjectivité et d'insécurité juridique importante.

Ainsi, concernant le port de vêtements sous une blouse, la Cour d'appel de Paris dans une décision du 7 juin 1990⁴⁷³ avait censuré l'interdiction faite à des caissières (hôtesse de caisse, dirions-nous aujourd'hui), de porter un pantalon sous leur blouse réglementaire de caissière sauf si celui-ci était invisible en étant recouvert par des bottes portées jusqu'aux genoux. Nous constatons qu'en 1990, le juge autorise les femmes à porter un pantalon sous une blouse, et qu'au cours des années 2000, les hommes eux, n'ont pas le droit de porter le bermuda, tout cela sous une blouse bien sûr. Nous assistons en réalité à la mise en place d'un corps de règles organisant la liberté du salarié de se vêtir, sous l'égide de l'article L. 1121-1. En revanche, des ambulanciers ont droit de porter le jean et des baskets et leur employeur ne peut leur imposer le port d'une cravate⁴⁷⁴. Dans cette affaire, la Cour de cassation reprenant les motifs de la Cour d'appel explique simplement qu'il s'agissait de « *restrictions aux libertés individuelles qui n'étaient pas justifiées par la tâche à accomplir* ». Là encore, la décision est particulièrement révélatrice du cheminement intellectuel du juge. En effet, la convention collective⁴⁷⁵ dont dépendaient les salariés, disposait que le personnel ambulancier devait présenter une tenue « *soignée* » ainsi que le port obligatoire d'une blouse blanche. Les juges du fond ont considéré que l'interdiction du jean et des baskets ainsi que l'obligation du port d'une cravate ne répondaient pas à cette définition. Cette décision est remarquable car sa motivation reste pour le moins laconique. En effet, il serait nécessaire de comprendre en quoi le port d'une cravate ne correspond pas à une tenue soignée. De même, le port de baskets, accessoires sportifs ou d'origine sportive ne paraît pas a priori conforme à une tenue dite soignée. Concernant la cravate toujours, le refus persistant d'un veilleur de nuit d'hôtel de porter celle-ci avait été considéré comme une cause réelle et sérieuse de licenciement par la Cour d'appel de Paris, dans une décision du 18 janvier 1991⁴⁷⁶. Enfin, le salarié d'une entreprise de sécurité qui se présente en jeans troués, tee-shirt et veste de treillis chez un client commet une faute⁴⁷⁷.

⁴⁷³ 21^{ème} ch., B, JCP E, 1991, II, n° 191, obs. A. Chevillard.

⁴⁷⁴ Cass. soc. 19-5-1998, n° 96-41.123.

⁴⁷⁵ Convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires de transport.

⁴⁷⁶ CA Paris, 18 janvier 1991, n° 90-34690, 22^e ch. B, Arfaoui c/ SA Hôtel du bois.

⁴⁷⁷ CA Paris, 25 janvier 2011, n° 09-2207, ch. 6-10, P. c/ SA Bodyguard.

En revanche, la Cour a considéré qu'il était légitime d'interdire à une salariée d'une agence immobilière de venir travailler en survêtement car elle avait des contacts avec la clientèle⁴⁷⁸. Elle énonce simplement que « *la Cour d'appel, (...), a pu décider que la décision de l'employeur de lui interdire de se présenter au travail en survêtement était justifiée* ». Là encore, les explications laconiques laissent le lecteur dans l'expectative, même si on imagine bien que le port d'un survêtement, vêtement de sport, est inadéquat au sein d'une agence immobilière. Malheureusement, le terme « *survêtement* » recouvre désormais toute sorte d'habillements qui en sont inspirés, qui ne relèvent plus réellement de la tenue sportive⁴⁷⁹. En outre, il est curieux de constater que les ambulanciers peuvent porter des baskets, alors que la convention collective mentionne une tenue soignée, mais que le survêtement, lui n'a pas le droit de citer.

Dans un arrêt du 16 janvier 2001, la Cour de cassation a invalidé une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui avait accepté le licenciement de deux surveillants d'immeubles, embauchés par un syndicat de copropriétaires. Leur contrat de travail prévoyait l'obligation de porter un uniforme, et les salariés ont opposé un refus à cette disposition. La Cour de cassation a considéré qu'en l'absence de dispositions de la Convention collective applicable aux deux salariés, le contrat de travail ne pouvait comporter de restrictions plus importantes aux libertés individuelles que celles prévues par la convention, convention qui n'imposait le port d'un uniforme qu'à d'autres catégories⁴⁸⁰. En pratique, il appartient donc au juge du fond d'apprécier ou non l'atteinte aux normes en vigueur.

La Cour a incidemment ajouté un autre motif à ceux déjà énoncés : celui des troubles causés au sein de l'entreprise par la tenue vestimentaire. En effet, elle a considéré que le fait de porter un chemisier transparent sur des seins nus justifiait un licenciement car il s'agissait d'une tenue suggestive de nature à susciter un trouble au sein de l'entreprise⁴⁸¹. De nouveau, il est intéressant de constater que le juge n'exige pas une démonstration du trouble, comme il ne demande pas de démonstration de l'atteinte à l'image. Il se contente d'énoncer qu'au regard de l'habillement, celui-ci est de nature à susciter le trouble.

c. La propreté de la tenue

La propreté de la tenue constitue un autre critère. Ainsi, la tenue malpropre d'un ouvrier charcutier justifie son licenciement⁴⁸². Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 octobre 2008 précité, portant sur le licenciement d'une ingénieure d'études en informatique, fait lui aussi référence à une tenue « *normalement soignée* » pour éliminer un motif de licenciement.

D. Les accessoires de la tenue

Certains insignes portés sur des vêtements peuvent être à forte valeur symbolique ou dotés de messages clairs. Or le chef d'entreprise peut craindre une atteinte à l'image de son organisation, un trouble par le biais de ce message parasite, notamment dans des organisations religieuses, philosophiques, caritatives, etc... Encore faut-il démontrer la réalité du message porté par les

⁴⁷⁸ Cass. soc. 6 11 2001 n° 99-43.988, RJS 1/02 n°8.

⁴⁷⁹ Burberry, vêtements de sports, collection femme, 2010.

⁴⁸⁰ Cass. soc. 16 janvier 2001, n° 98-44252 98-44253, publié au bulletin.

⁴⁸¹ Cass. soc. 22 7 1986 n° 82-43.824.

⁴⁸² Cass. Soc. 29 02 1984 n° 81-42.321.

pendentifs. La Cour d'appel de Paris dans une décision du 23 mai 1997⁴⁸³ a considéré que le port d'un pendentif matérialisant une fleur de lys par un enseignant, ne constituait pas en soi un insigne politique en dehors d'autres éléments d'identification. Le port d'accessoires religieux sera examiné ci-après. Toutefois les accessoires peuvent rendre une tenue correcte selon le style donné, d'après la Cour d'appel de Riom, statuant dans un arrêt du 3 mai 2016⁴⁸⁴.

E. L'évolution de la jurisprudence sur l'apparence extérieure du salarié.

Au vu des décisions de justice, il est désormais possible de tracer un code vestimentaire édicté par les juridictions et reflétant *de facto* une vision jurisprudentielle des usages vestimentaires en vigueur au sein de notre société.

a. La cravate

Le port de la cravate semble être l'objet d'une lente évolution de la jurisprudence, qui n'en fait plus une obligation, y compris pour une tenue soignée. Toutefois, la jurisprudence n'est pas d'une homogénéité absolue, et il s'agit essentiellement de décisions des juges du fond. Le port de la cravate fait donc débat.

Dans un arrêt du 20 août 2014, la Cour d'appel de Metz a considéré comme « *débraillée* » la tenue d'un agent de sécurité qui ne portait pas sa cravate, et dont la chemise sortait du pantalon⁴⁸⁵. En revanche, dans une décision du 24 juin 2010, la Cour d'appel de Paris a considéré comme illicite le licenciement d'un technicien d'exploitation informatique, qui avait refusé d'arborer une cravate. La Cour a estimé que cette exigence n'existait pas dans son secteur d'activité, même s'il était amené à se trouver en contact avec des clients ou des prospects de l'entreprise⁴⁸⁶. Dans un arrêt du 28 février 2005, la Cour d'appel de Douai a considéré comme illégal le licenciement d'un délégué des ventes qui avait porté un pull-over col cheminée avec son costume, en lieu et place d'une chemise et cravate⁴⁸⁷. Comme nous l'avons vu précédemment, à propos d'ambulanciers, leur employeur ne peut leur imposer le port d'une cravate⁴⁸⁸, la Cour de cassation dans un arrêt daté du 19 mai 1998 reprenant les motifs de la Cour d'appel, a estimé qu'il s'agissait de restrictions aux libertés individuelles qui n'étaient pas justifiées par la tâche à accomplir.

En revanche, le refus persistant d'un veilleur de nuit d'hôtel de porter celle-ci avait été considéré comme une cause réelle et sérieuse de licenciement par la Cour d'appel de Paris, dans une décision du 18 janvier 1991⁴⁸⁹, soit 9 ans plus tôt que la décision portant sur les ambulanciers. Et l'absence de cravate pour un représentant avait là aussi justifié son licenciement, la Cour dans une décision assez ancienne du 12 juillet 1989, avait estimé « *que sa tenue vestimentaire négligée n'était pas compatible avec les obligations d'un employé en relation permanente avec la clientèle* »⁴⁹⁰.

⁴⁸³ Arrêt n° 96-38690, 18^e ch. C, Vassy c/ SARL L'enseignement par Petits Groupes.

⁴⁸⁴ N° 13/03018.

⁴⁸⁵ Ch. soc., C. c/ SARL Securitas.

⁴⁸⁶ N° 08/10334, P. 6 ch 7, SAHN Services c/ R.

⁴⁸⁷ N°04-1332, ch. Soc. SAS Philip Morris France c/ Degrave.

⁴⁸⁸ Cass. soc. 19-5-1998, n° 96-41.123.

⁴⁸⁹ CA Paris 18 janvier 1991 n° 90-34690, 22^e ch. B, Arfaoui c/ SA Hôtel du bois.

⁴⁹⁰ Cass. soc. 12 juillet 1989, pourvoi n° 86-40.987, arrêt n° 3059.

b. Le costume et la chemise

La Cour d'appel de Metz a considéré dans une décision du 20 août 2014, que la chemise sortant du pantalon (ainsi que l'absence de cravate) constituait une tenue « *débraillée* »⁴⁹¹ pouvant être reproché au salarié. Et la Cour d'appel de Douai a considéré que l'employeur d'un délégué des ventes pouvait lui imposer le port d'un costume dans une décision du 28 février 2005⁴⁹², tout en estimant comme illégal son licenciement fondé sur le fait qu'il avait porté un pull-over col cheminée avec son costume, en lieu et place d'une chemise et cravate.

Dans un attendu d'une décision plus ancienne, la chambre sociale de la Cour de cassation affirmait dans une décision du 24 janvier 1991 portant sur des pilotes d'avion, que la « *négligence du co-pilote tant en ce qui concerne sa tenue vestimentaire qu'en ce qui concerne l'entretien de l'avion ne sauraient justifier un licenciement* », sans toutefois donner plus de précision⁴⁹³.

c. Le survêtement

La Cour a considéré qu'il était légitime d'interdire à une salariée d'une agence immobilière de venir travailler en survêtement car elle avait des contacts avec la clientèle⁴⁹⁴.

d. Le port du jean

La possibilité du port du jean pour les salariés en contact avec la clientèle n'a jamais été remis en cause par le juge, que ce soit pour des cadres ou des salariés d'autres catégories. Ainsi, un vendeur dans un magasin discount s'était vu reproché le port du jean, alors même qu'une charte de clientèle recommandait d'être « *relax* » tout en n'étant pas « *négligé* ». La Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 25 novembre 1994 avait considéré que cette tenue ne constituait pas « *à l'heure actuelle une tenue négligée susceptible de choquer la clientèle d'un rayon Hifi-vidéo* »⁴⁹⁵. En 1998, la Cour de cassation se prononçait en faveur du port du jean pour des ambulanciers⁴⁹⁶ astreints à une tenue soignée.

Plus proche de nous, pour les cadres, cela ne pose pas non plus de difficultés. Ainsi, comme nous l'avons vu dans un arrêt du 9 octobre 2008⁴⁹⁷, portant sur le licenciement d'un ingénieur d'études en informatique en raison de sa tenue vestimentaire face à un client lors d'une présentation commerciale importante, la Cour d'Appel avait dû se pencher sur le port du jean et avait considéré que celui-ci, même pour un cadre et dans ce contexte spécifique était acceptable. Enfin dans une décision du 14 mai 2013, la Cour d'appel de Besançon, considère que le port du jean par un vendeur de cuisine est parfaitement conforme aux exigences du règlement intérieur qui stipulait la nécessité d'une tenue correcte⁴⁹⁸.

⁴⁹¹ Préc.

⁴⁹² N° 04-1332 ch. soc. SAS Philip Morris France c/ Degrave.

⁴⁹³ N° 89-40761, Société M. Pinseau and C° Limited c/ Videlo.

⁴⁹⁴ Cass. soc. 6 novembre 2001 n° 99-43.988, RJS 1/02 n°8 ; Dr. soc. n°1, janvier 2002, commentaire J. Savatier, p. 110.

⁴⁹⁵ 25 novembre 1994, n° 3843/93.

⁴⁹⁶ Cass. soc. 19-5-1998, n° 96-41.123.

⁴⁹⁷ CA Paris 9 octobre 2008 n°06-13511, 21° ch. B, SA 3S informatique c/Lebas.

⁴⁹⁸ CA Besançon, ch. sociale, 14 mai 2013, n° 12/00942, commentaire D. Pallantza.

e. Le bermuda

Le port du bermuda pour un homme, en cas de contact avec la clientèle est jugé malvenu par le juge comme nous l'avons vu dans l'affaire Sagem⁴⁹⁹. En revanche, en l'absence de contact avec la clientèle, le port du bermuda, y compris par un cadre commercial, ne constitue pas une faute du salarié⁵⁰⁰. En revanche, un chargé de clientèle d'une agence bancaire a vu son licenciement confirmé car il s'était présenté à l'agence avec un tee-shirt de sport, un short long et des tongs⁵⁰¹.

f. La jupe

La jurisprudence a évolué sur le sujet. Ainsi, une salariée qui avait accepté de porter la jupe pendant 18 mois, avant de remettre en cause cette obligation édictée par l'employeur, avait vu la validité de la sanction confirmée par la Cour d'appel de Paris dans une décision du 5 février 1985. Dans une décision du 7 juin 1990, la Cour d'appel de Paris⁵⁰² a considéré que l'autorisation pour des hôtes de caisse de porter un pantalon, dès lors qu'elles y associaient obligatoirement des bottes hautes pour le dissimuler, s'analysait en une interdiction de facto du port de ce vêtement. Cette prohibition fut considérée comme illicite car injustifiée par la nature de la tâche à accomplir. De même, l'obligation de porter une jupe descendant jusqu'aux genoux pour une technicienne de surface n'est pas légale, car non justifiée par la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché d'après une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 20 juin 2006⁵⁰³. Plus surprenant, la Cour d'appel de Nîmes a confirmé la validité de l'avertissement d'une salariée dans une décision du 18 mai 2010, car elle portait une mini-jupe sous sa blouse de travail ouverte, au sein d'une caserne de légionnaires⁵⁰⁴. En revanche, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, en 2013, a considéré que l'obligation pour des salariés travaillant dans un service de restauration d'une maison de retraite de porter un chemisier et une jupe fournie par l'employeur était justifiée et proportionnée, notamment pour permettre aux pensionnaires de reconnaître le personnel affecté à cette tâche⁵⁰⁵.

g. Les chaussures

Dans une décision du 25 juin 1991, la Cour d'appel de Dijon avait estimé que l'employeur pouvait imposer le port de chaussures cirées à un convoyeur de fonds en contact avec la clientèle⁵⁰⁶. Mais en 1998, la Cour de cassation se prononçait en faveur du port de baskets pour des ambulanciers⁵⁰⁷.

h. La coiffure et la barbe

Hormis les cas de restrictions pour des raisons d'hygiène et de sécurité, la coiffure et le port de la barbe sont appréciés rigoureusement par le juge. La Cour d'appel de Paris dans une décision du 24 juin 2009⁵⁰⁸ a considéré que l'employeur d'un agent de nettoyage ne pouvait lui reprocher

⁴⁹⁹ CPH Rouen, 30 août 2001 n° 01/00334 ; CA Rouen, 13 novembre 2001 n° 01/03255 ; Cass. soc. 28 mai 2003 n°02-40273.

⁵⁰⁰ CA Paris ch. 21, sect B, 11 octobre 2007 n° S06/00093, RJS 2008, n°366.

⁵⁰¹ CA Chambéry, 30 août 2012 n° 11/02198.

⁵⁰² N° 90-30904, 21^e ch. B, SA Super est Carrefour c/ Bouchez.

⁵⁰³ Pourvoi n° 04-43067.

⁵⁰⁴ N° 08/03441.

⁵⁰⁵ 17 janvier 2013, n° 10-17575, 9^e ch. B, Reverte c/ SARL concept technique Cabries.

⁵⁰⁶ RJS 10/1992, n° 1202.

⁵⁰⁷ Cass. soc. 19-5-1998, n° 96-41.123.

⁵⁰⁸ Pôle 6, chambre 6, n° 07/06058.

sa coiffure originale. Toutefois, la décision précise que ce salarié n'avait aucun rôle de représentation ou d'accueil. En matière de sécurité, la Cour d'appel de Paris en 2008 a considéré que l'employeur d'un agent de sécurité amené à intervenir lors d'altercations, pouvait interdire le port de cheveux longs, en vue d'assurer sa sécurité et son efficacité lors d'interventions⁵⁰⁹

Dans un arrêt du 6 mars 1996⁵¹⁰, la Cour d'appel de Reims avait confirmé le licenciement d'un chauffeur-livreur qui avait modifié sa coupe de cheveux et qui disposait désormais d'un crâne rasé avec queue sur la nuque. La Cour d'appel de Versailles dans une décision du 8 juillet 1994⁵¹¹ a confirmé l'illégalité du licenciement d'un salarié employé de libre-service d'un supermarché, qui portait une barbe, des cheveux longs et une boucle d'oreille. La Cour précise d'ailleurs qu'il « *ne peut être reproché à Monsieur Guerin, employé au secteur bazar, d'avoir une barbe, des cheveux longs et de porter une boucle d'oreille* », alors même qu'il portait la tenue fournie par l'employeur. La Cour d'appel de Paris en 1988 avait reconnu la légalité du licenciement d'un salarié, employé de banque, coiffé à l'iroquoise⁵¹². La même Cour d'appel de Paris a considéré en 1987 que le port d'une queue de cheval par un serveur de restaurant constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement⁵¹³. La Cour d'appel de Colmar en 1985 avait considéré comme justifié le licenciement d'un salarié au contact de la clientèle, portant des cheveux longs, un collier et des boucles d'oreilles⁵¹⁴. Hormis, cet impératif légitime, les juges ont eu une approche assez restrictive. La Cour d'appel de Paris, déjà dans une décision du 6 mai 1982⁵¹⁵, avait considéré que l'employeur pouvait sanctionner un chauffeur-livreur ayant boucles d'oreilles et cheveux longs.

i. Les boucles d'oreilles

Comme nous l'avons indiqué précédemment, le juge considère désormais que son usage est accepté par la société et invalide généralement les sanctions de l'employeur à l'égard de ses salariés, à l'exception des motifs liés à des règles d'hygiène et de sécurité. Ainsi, le port de boucles d'oreilles peut être interdit à un agent de sécurité, ayant vocation à intervenir physiquement lors d'altercations, en raison du risque d'arrachage ou de saisie. Le port de ces boucles peut compromettre selon les juges la sécurité du salarié et son efficacité lors d'une intervention⁵¹⁶.

L'évolution du juge est assez nette sur ce point. La Cour d'appel de Paris, dans une décision assez ancienne du 6 mai 1982⁵¹⁷, avait considéré que l'employeur pouvait sanctionner un chauffeur-livreur ayant boucles d'oreilles et cheveux longs. Puis, la même Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 12 octobre 1988⁵¹⁸, soit 6 ans plus tard, avait considéré que « *le port par M. X., employé comme inspecteur, d'une petite boucle d'oreille n'étant pas de nature à (...) choquer la clientèle compte tenu de l'évolution des mœurs et de la nature du magasin où il était affecté* ». La Cour d'appel de Versailles dans une décision du 8 juillet 1994⁵¹⁹ a confirmé l'illégalité du licenciement d'un salarié employé de libre-service d'un supermarché, qui portait

⁵⁰⁹ CA Reims, ch. soc. 24 novembre 2008, n° 10/00194.

⁵¹⁰ CA Reims, ch. soc., 6 mars 1996 : JCP E 1997, pan. 350 ; Juris-Data n° 1996-043654.

⁵¹¹ CA Versailles, n° 93-6638, 15^e ch., SA Samadoc Auchan c/. Guerin.

⁵¹² 7 janvier 1988, 22^{ème} ch.

⁵¹³ CA Paris 2 avril 1987 n° 88-35799, 22^e ch. C, SARL Ame Restaurant Joe Allen c/ Court.

⁵¹⁴ Ch. soc. 3 octobre 1985.

⁵¹⁵ 18^{ème} ch.

⁵¹⁶ CA Reims, ch. soc. 24 novembre 2010, n° 10/00194.

⁵¹⁷ 18^{ème} ch.

⁵¹⁸ N° 345596/87.

⁵¹⁹ CA Versailles, n° 93-6638, 15^e ch., SA Samadoc Auchan c/. Guerin.

notamment une boucle d'oreille. La Cour précise d'ailleurs qu'il ne pouvait être reproché à cet employé du secteur bazar, de porter une boucle d'oreille, dès lors qu'il portait la tenue fournie par l'employeur.

La Cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt du 27 novembre 1998⁵²⁰ avait considéré qu'un employeur avait outrepassé son pouvoir de direction en exigeant que le salarié retire pendant son service le diamant qu'il portait à l'oreille gauche « *s'agissant d'un bijou discret, couramment porté notamment parmi les hommes de sa génération* ». En revanche, dans un arrêt du 22 septembre 2006 qui semble bien isolé, la Cour d'appel de Versailles considère comme justifié le licenciement d'un serveur qui refusait d'enlever ses boucles d'oreilles et un piercing, ces derniers étant susceptibles de choquer la clientèle et en l'absence de toute discrimination⁵²¹. Pour un agent de nettoyage, qui au surplus n'exerçait aucune fonction d'accueil ou de représentation, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 24 juin 2009 a considéré que le port d'une boucle d'oreilles ne pouvait lui être reproché⁵²².

Dans une autre affaire plus récente et tout aussi symptomatique, un restaurateur de renom avait licencié l'un de ses employés, chef de rang⁵²³, au motif que ce dernier avait décidé d'arborer des boucles d'oreilles, pendant ses heures de service en salle. La lettre de licenciement précisait malencontreusement au salarié que « *votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes* ». Devant la cour d'appel, l'employeur avait affirmé qu'il considérait qu'un salarié portant des boucles d'oreilles lui apparaissait comme susceptible de nuire à la renommée de son restaurant du fait de la gêne subie par les clients. La Cour de cassation releva que le licenciement était fondé sur l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe, et que l'employeur n'apportait aucun élément objectif étranger à toute discrimination, justifiant sa décision. Comme nous l'avons déjà évoqué dans notre première partie, il s'agit ici d'une décision de l'employeur portant atteinte à une liberté individuelle, mais qui ressort en définitive de la discrimination et de l'article L. 1132-1, dont la prohibition est beaucoup plus restrictive que l'article L. 1121-1.

j. Le piercing

Autant la boucle d'oreille est acceptée par le juge, autant le piercing semble faire l'objet d'une considération plus négative ou pour le moins contradictoire. La Cour d'appel de Reims avait considéré dans une décision du 6 mars 1996 qu'un employeur peut interdire le port de bijoux et piercings peu discrets et incompatibles avec les fonctions occupées⁵²⁴. Le Conseil des

⁵²⁰ N° 97/05400.

⁵²¹ N° 05-3726, Bertaud c. SA Margill.

⁵²² CA Paris, Pôle 6, chambre 6, 24 juin 2009, n° 07/06058.

⁵²³ Responsable d'un rang, c'est-à-dire d'un groupe de tables, le chef de rang doit veiller au bon déroulement du service sur l'ensemble de ces tables. Sous l'autorité du maître d'hôtel, (...) le chef de rang fait le service à table et débarrasse aidé par des commis. Lors de la mise en place des tables, il vérifie que rien ne manque ; au moment du service, il doit parfaitement bien connaître la carte et les plats pour être en mesure de répondre aux questions des clients, connaître, maîtriser toutes les techniques de présentation et de découpage, voire de flambage. À la fin du repas, il s'assure de la satisfaction des clients, effectue l'addition et encaisse leur règlement. Ses qualités principales :

- Allure, distinction et maîtrise parfaite des codes de la relation avec les clients
- Connaissances approfondies des règles et des techniques du service
- Manager d'équipe
- La pratique d'une ou plusieurs langues étrangères est un plus (au moins l'anglais) Niveau d'étude bac + 2.

(source : les métiers de l'hôtellerie et de la restauration, site internet syndical)

⁵²⁴ RJS 1996, n° 871.

Prud'hommes de Tours⁵²⁵ dans une décision du 2 mai 2000 avait considéré comme illicite le licenciement d'une salariée, vendeuse de meubles, cette dernière refusant d'enlever un piercing nasal. Le juge avait ainsi considéré cet accessoire comme tout à fait acceptable au regard du contexte. En revanche, une Cour d'appel dans une décision datant du 22 septembre 2006 a confirmé le bien-fondé d'une décision d'un employeur, qui avait demandé à un serveur le retrait de boucles d'oreilles, mais surtout d'un piercing dont le port pouvait « *choquer la clientèle (...) qui est une clientèle d'affaires et familiale* »⁵²⁶. Il faut noter que l'employeur avait adopté une position unique sur le sujet tant à l'égard des hommes que des femmes, et qu'il proposait soit d'enlever le bijou, soit de travailler à un autre poste. Le juge avait considéré que l'employeur disposait bien du pouvoir d'imposer cette restriction au salarié.

Pour conclure cette partie, la jurisprudence adopte une attitude protectrice au regard de la liberté d'entreprendre au détriment de la liberté vestimentaire du salarié, en premier lieu en ne considérant pas qu'il s'agit là d'une liberté fondamentale, alors même que l'habillement traduit nombre de messages, mais surtout en induisant un contrôle peu rigoureux sur la proximité effective du client. Certes, en l'absence de client, les obligations vestimentaires imposées par l'entreprise sont systématiquement sanctionnées par le juge, dès lors qu'elles ne répondent pas à une obligation d'hygiène et de sécurité. L'obligation de résultat de sécurité qui incombe à l'employeur lui donne en contrepartie le droit d'obliger ses salariés à se protéger, notamment par le biais de leur tenue. En revanche, l'utilisation de l'article L. 1121-1 du code du travail laisse au juge une grande marge d'appréciation dans la qualification de la tenue, créant ainsi une impression de subjectivité, voire d'arbitraire dans sa décision. Dès lors qu'il ne s'appuie pas fermement sur les exigences procédurales prud'homales, quant à la preuve à apporter par les parties, et qu'il s'octroie la capacité de décider qu'un usage vestimentaire est conforme ou non aux codes sociaux en vigueur dans une fonction, dans une entreprise et dans un secteur, il crée ainsi un corpus de règles, transfert de sa propre vision de la société. Ce faisant, il porte atteinte lui-même, à cette liberté vestimentaire, par l'insécurité juridique qu'il entraîne.

II. L'expression vestimentaire de la foi.

L'examen de la jurisprudence sur le port de signes religieux va nous permettre de déceler la manière dont la jurisprudence concilie la liberté d'entreprendre, la proximité du client et une liberté fondamentale, la liberté religieuse. Cette étude est d'autant plus intéressante que la situation cumule à la fois le caractère fondamental des libertés mais aussi une dimension sociale voire sociétale très forte dans un contexte marqué par des affaires extrêmement médiatisées⁵²⁷. En outre, elle matérialise l'opposition entre le salarié se concevant comme un individu spécifique et le salarié membre d'un collectif disposant d'un but commun. Comme le note P. Adam, « *le salarié risque de ne plus se concevoir comme sujet, à s'oublier comme membre d'une collectivité partageant un destin commun* »⁵²⁸.

Il faut opérer une distinction entre la liberté de conscience permettant le libre choix de sa religion, ou de ne pas en avoir, et la liberté de manifester celle-ci, notamment au travers de son apparence extérieure. Ce comportement relève à la fois de la liberté d'expression, ainsi que de la liberté religieuse. Toutefois, la Cour de cassation rattache ce comportement uniquement à la

⁵²⁵ Section commerce, n° 99/0822.

⁵²⁶ CA Versailles, 17^{ème} ch., 22 septembre 2006, n°05/03726.

⁵²⁷ CE, ordonnance, 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme et autres – association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France, n°402742 et 402777 sur le « burkini ».

⁵²⁸ P. Adam, « Le masque aux trois visages (juridiques) du salarié », in », in « Les normes du travail : une affaire de personnes ? », sous la direction de J.-M. Tufféry-Andrieu et F. Laronze, Bruylant, 2016, 264 p., p. 109.

liberté religieuse. Comme le note Ch. Mathieu⁵²⁹, « *En tant que liberté de croire, la liberté religieuse s'apparente à la liberté de conscience. En tant que liberté de manifester ses convictions, elle prend les traits de la liberté d'expression* ». Bien entendu, la croyance religieuse ne peut et ne doit pas être cantonnée aux religions les plus répandues. Les ports de signes religieux relatifs à la religion musulmane constituent toutefois l'immense majorité des cas traités, dans un contexte de méfiance à l'égard de celle-ci⁵³⁰.

Le port de signes religieux par les salariés et leur appréciation par le juge, met en exergue le même raisonnement que précédemment, au profit de l'employeur. La notion de contact avec la clientèle, outre la protection de la sécurité ou santé du salarié, sont les critères fondamentaux du contrôle de celui-ci, et justifient la légitimité de la restriction. Si la protection de la santé ou de la sécurité du salarié, contrepartie de l'obligation de résultat de l'employeur dans ce domaine, ne génère pas de remise en cause réelle des restrictions imposées à l'expression vestimentaire de la foi, en France tout du moins, il n'en est pas de même pour la protection de l'image de l'entreprise. La protection des intérêts de l'entreprise, de son image de marque justifie-t-elle que l'employeur restreigne les pratiques religieuses de ses salariés, les témoignages de ces derniers de leur foi, dans un siècle marqué par le retour du fait religieux⁵³¹, que cela se matérialise par le port d'un voile, d'une croix chrétienne, d'un turban, d'un couteau, comme nous allons le voir... Comme le note P. Adam, l'entreprise « *a-t-elle dans ce domaine un rôle social à jouer ?* »⁵³².

En pratique, l'entreprise va pouvoir censurer les manifestations extérieures de cette foi, mais non, bien évidemment, la foi elle-même. Ce n'est pas le choix d'une religion en particulier qui sera reproché au salarié, ce qui serait ainsi parfaitement discriminatoire, mais la manifestation de celle-ci aux yeux de ses clients. Cette solution est rendue à la fois plus facile et plus difficile, en raison de la plus grande sensibilité actuelle aux signes extérieurs religieux, comme le montre d'ailleurs certaines études, notamment de l'Observatoire de la laïcité⁵³³. En préambule, nous écarterons des hypothèses hors de notre propos. Il faut ainsi rappeler qu'un salarié ne peut refuser d'exécuter ses fonctions pour des motifs religieux, dès lors qu'au cours de son recrutement, aucune spécificité n'avait été évoquée⁵³⁴ de sa part. L'employeur doit respecter les convictions religieuses de ses salariés, mais ces derniers ont tout autant l'obligation de respecter les dispositions de leur contrat de travail. Ils ne peuvent ainsi s'absenter sans autorisation préalable de leur employeur pour une fête religieuse⁵³⁵. Les préceptes religieux ne sont pas reconnus comme de valeur juridique supérieure aux engagements contractuels, ni aux normes légales. De même, un salarié refusant de se rendre à une visite médicale obligatoire en

⁵²⁹ « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT, 2012, p.17.

⁵³⁰ 73 % des français disent avoir une image négative de l'islam contrairement aux autres religions, Cf. « Les français inquiets de l'Islam (sondage) », Le Figaro, publié le 16 avril 2013 ; « Sondage exclusif : l'image de l'islam se dégrade en France et en Allemagne », Le Figaro, publié le 28/04/2016 ; « Pour 55 % des français, l'islam est trop visible », Cf. « Sondage : ce que les français pensent de l'islam », Le Parisien, publié le 20 juin 2015.

⁵³¹ Cette question rejoint bien évidemment celle portant sur le principe dit de « laïcité ». Il existerait 7 visions de la laïcité (Cf. J. Baubérot, les 7 laïcités françaises, MSH, 2015), notamment la laïcité antireligieuse, qui prône la lutte contre le phénomène religieux (Cf. M. Onfray, Traité d'athéologie, Grasset, 2006, 320 p. sur la nécessité d'un athéisme militant), la laïcité « gallicane » qui accepte une religion contrôlée par l'Etat, et qui n'empiète pas sur l'espace public, et une laïcité libérale, fondement de la loi de 1905, où l'Etat est indifférent au phénomène religieux et protège la liberté de conscience.

⁵³² Cf. P. Adam, « La crèche et l'au-delà », Semaine sociale Lamy, 2011 1515

⁵³³ Cf. N. Moizard, « Travaux de l'Observatoire de la laïcité sur le fit religieux dans l'entreprise privée », RDT, 2014, p.557.

⁵³⁴ Cass. soc. 12 juillet 2010 ; 24 mars 1998, n° 95-44.738, Bull. V., n° 171, D. 1998.114 ; Dr. soc. 1998.614, obs. J. Savatier.

⁵³⁵ Cass. soc. 16 décembre 1981, n° 79-41.300.

raison de ses convictions religieuses peut être licencié⁵³⁶. Enfin, un salarié pourrait être licencié en raison d'un trouble objectif causé à l'entreprise par l'exercice de sa liberté religieuse⁵³⁷, dès lors que le trouble est démontré. Il y a ici une corrélation entre l'interdiction de l'employeur de s'intéresser aux opinions religieuses du candidat lors de l'embauche, et l'impossibilité pour le salarié d'utiliser sa liberté religieuse pour refuser d'exécuter les obligations liées à son contrat⁵³⁸.

Dans la même ligne, et a contrario, un règlement intérieur ne peut porter atteinte à la liberté de conscience du salarié en exigeant de la part de celui-ci, par exemple, de manifester dans ses attitudes « *une volonté de soutenir et de défendre l'enseignement catholique* ». En revanche, ce même règlement intérieur peut tout à fait légalement demander aux salariés un respect véritable de la doctrine de l'église « *tant dans ses comportements que dans ses propos* ». Il s'agit d'une obligation passive, d'un devoir de réserve⁵³⁹ compatible avec la liberté de conscience. Enfin un règlement intérieur peut prévoir que « *tout personnel... s'engage à respecter le caractère propre* » de l'établissement d'enseignement catholique, mais dans ce cas, il doit mentionner le fait que cette obligation ne porte pas atteinte à la liberté de conscience des salariés et que cela s'apprécie au regard à la nature des fonctions exercées par le personnel⁵⁴⁰.

Il faut éliminer de notre étude les comportements de démarchage du salarié auprès des clients de l'entreprise, consistant littéralement à faire du prosélytisme religieux. Ainsi, dans une décision du 23 janvier 1998⁵⁴¹, la Cour d'appel de Versailles a confirmé le licenciement d'un formateur qui au cours d'une formation commerciale qu'il était chargé d'animer, avait démarché les stagiaires pour le compte de l'église de scientologie, en tentant de leur vendre des ouvrages, de leur faire passer des tests, en les invitant à son domicile, tout en leur demandant la plus grande discrétion à ce sujet.

L'objectif de l'entreprise est de capter, d'acquérir, de développer, de conserver le plus grand nombre de clients, sachant que le coût d'acquisition d'un client peut être très élevé⁵⁴². Au regard de cette exigence conditionnant la survie de l'entreprise, il est bien sûr totalement exclu de prendre le moindre risque de perte de celui-ci, de détournement de ces derniers de l'entreprise, par assimilation entre l'image donnée par ses salariés et celle de l'entreprise. La prise de risque doit donc être totalement écartée. Il est aussi envisageable que l'on considère que le client doive s'adapter à l'existence d'un fait religieux y compris au sein de l'entreprise. En résumé, faut-il faire prévaloir la libre expression du fait religieux au sein de l'entreprise au risque que celle-ci voit son développement commercial entravé ? L'employeur ne doit-il pas limiter les signes ostensibles de manifestations religieuses pour préserver une paix sociale entre ses salariés

⁵³⁶ Cass. soc. 29 mai 1986, n° 83-45.409, Bull. V, n° 262.

⁵³⁷ Cass. soc. 17 avril 1991, n° 90-42.636, Bull. civ. V, n° 201.

⁵³⁸ En ce sens, J. Savatier, Dr. soc. 1998.614 et Paul-Henri Antonmattei, « A propos de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT, 2014, p.391.

⁵³⁹ TA Nantes, 22 octobre 1982, GP 18/19-2-83, p. 18.

⁵⁴⁰ CE 20 juillet 1990, n°85429 et CE 5 juin 1991, n° 85055.

⁵⁴¹ 23 janvier 1998, n° 1995-9736 ; voir aussi CA Nancy du 30 juin 2006 n° 04/1847 et CA Toulouse, 9 juin 2007, n° 09/97.

⁵⁴² Il comprend tous les coûts nécessaires pour l'acquisition d'un nouveau client. Le prospect ne devient un client qu'à partir de son premier achat. Pour orange, « les coûts marketing de conservation d'un client existant et d'acquisition d'un client nouveau pour le téléphone mobile sont dans le rapport de 1 à 10 » tandis que dans certaines activités, ce coût ne peut être rentabilisé que sur plusieurs années grâce à la fidélisation du client, « par exemple, dans les clubs de vente de livres ou de vins », J. Lendrevie et J. Lévy, Mercator, 10 éd., 2012, Dunod, 1140 p., p. 362 et Flore Jaje, « Stratégie de fidélisation au sein d'une unité commerciale spécialisée en électroménager », Rapport d'activités présenté à l'épreuve professionnelle de soutenance de DEES Marketing, p. 8.

comme le préconisait la commission Stasi ?⁵⁴³ Nous reprendrons pour mémoire dans un premier temps les fondements textuels protégeant cette liberté avant d'examiner l'application qui en est faite par la jurisprudence.

A. Les fondements textuels

Comme nous l'avons vu et uniquement pour mémoire, depuis plusieurs siècles, la liberté de conscience, de religion est consacrée par de nombreux textes lui conférant le statut de liberté fondamentale⁵⁴⁴. La confrontation avec le pouvoir de l'employeur et la liberté d'entreprendre était inéluctable, et ce d'autant plus que le fait religieux connaît un renouveau dans notre société, y compris sous des formes parfois violentes, comme nous allons le voir. Il existe deux catégories de textes : ceux énonçant les libertés, notamment religieuses, et ceux interdisant la discrimination fondée notamment sur l'exercice de celle-ci. Les définitions des limites pouvant être apportées à l'expression de la liberté religieuse varient suivant les sources textuelles.

Nous ne reviendrons pas en détail sur celles-ci et leurs différences. Ces dernières ont été abordées dans notre première partie. Pour mémoire, parmi les conventions conclues au sein de l'Organisation Internationale du travail⁵⁴⁵, les conventions n° 100 sur l'égalité de traitement de 1951 et la convention n°111 de l'OIT portant sur la discrimination (emploi et profession) ont été ratifiées par la France respectivement le 10 mars 1953 et le 28 mai 1981. La convention n° 111 dans son article 1 fait référence à « *toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale* » ainsi que « *toute autre distinction, exclusion ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* ».

La liberté de conscience et de religion est en outre, consacrée comme droit fondamental par l'article 18 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques, relevant de l'Organisation des Nations-Unies adopté le 16 décembre 1966. Cet article prévoit notamment le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Il implique la liberté d'adopter une religion de son choix et la liberté de manifester celle-ci, individuellement ou collectivement, en privé ou en public. La liberté de manifester sa religion ne peut faire l'objet que de restrictions prévues par la loi, nécessaires à la sécurité, maintien de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui. L'article 26 du Pacte énonce un principe de non-discrimination concernant notamment la religion.

L'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans son premier alinéa, stipule que non seulement le citoyen européen dispose d'une liberté de conscience et de religion, mais qu'il dispose aussi de « *la liberté de manifester sa religion ou sa conviction*

⁵⁴³ En 2003, la Commission présidée par M. Stasi sur la réflexion sur le principe de laïcité dans la République, recommandait dans son rapport p. 62 qu'une disposition législative permette au chef d'entreprise d'intervenir dans le domaine des signes religieux en cas de contact avec la clientèle, mais aussi pour la paix sociale interne. Cette proposition sera aussi reprise par le HCI dans son avis du 1^{er} septembre 2011.

⁵⁴⁴ Article 10 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. » ; article 9 de la Convention Européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; article 10 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui d'après l'article 6 du Traité sur L'union européenne a même valeur juridique que les traités européens précise notamment que « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience ou de religion. Ce droit implique (...) la liberté de manifester sa religion (...) en privé ou en public ».

⁵⁴⁵ Cf. CE, 9 octobre 1996, n° 167.511, Union CGT des affaires sociales, Dr. Soc. 1997, p. 207, note X. Prétot ; CE, 11 janvier 2002, n° 225. 597, Union nationale des affaires sociales CGT, Dr. Soc. 2002, p. 428, concl. E. Mignon ; Cass. Soc. 29 mars 2006, n° 04-46.499, Bull. V, n° 131 ; Cass. Soc. 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124, Bull. V, n° 146 ; Cass. Soc. 4 juin 2009, n° 08-41.359, Bull. V, n° 146.

individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». Toutefois, le second alinéa énonce des possibilités de restriction limitées en précisant que cette liberté de manifestation « *ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». L'article 10 vise la liberté d'expression, qui est garantie là encore avec des limitations strictement encadrées, l'article 11, la liberté de réunion et d'association.

L'article 14 de la Convention⁵⁴⁶ précise que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Il faut remarquer que la portée de cet article est limitée dans la mesure où il ne s'applique qu'en cas de discrimination à l'égard des droits et libertés reconnus par celle-ci. Le protocole additionnel n°12 entré en vigueur le 1er avril 2005 interdit lui, toute forme de discrimination mais n'a pas été ratifié par la France⁵⁴⁷. Pour mémoire, il dispose dans son article 1 que la jouissance « *des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Toutefois, ce protocole n'a été ratifié que par neuf Etats⁵⁴⁸, ce qui en limite la portée.

Quant aux textes de l'union européenne, l'article 3 du traité sur l'Union européenne (TUE) établit dans son troisième paragraphe que l'Union « *combat l'exclusion sociale et les discriminations* ». La Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, rendue juridiquement contraignante par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, comprend un article 10 protégeant la liberté de conscience, de pensée et de religion, ainsi qu'à la liberté de manifester sa religion en public ou en privé. Son article 21 porte sur la « *non-discrimination* » et dispose qu'est interdite « *toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.* »

L'article 52 précise que des limitations aux libertés ou droits prévus par celle-ci peuvent être apportées par la loi, que si celles-ci sont nécessaires et répondent à la protection des droits et libertés d'autrui et à des objectifs d'intérêt général reconnu par l'Union européenne. Enfin, ce même article dans son paragraphe 3, coordonne les deux textes, et précise que les sens et portée des droits et libertés prévues par la Charte et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont les mêmes.

⁵⁴⁶ Intitulé « Interdiction de discrimination ».

⁵⁴⁷ Bien que la Commission consultative des Droits de l'Homme, présidée par R. Badinter sur la lutte contre le racisme et la xénophobie ait recommandé cette ratification, le Ministre des Affaires étrangères, M. L. Fabius a indiqué dans sa réponse n° 3287 publiée au le 4 septembre 2012, page 4899 à une question posée à l'Assemblée Nationale, que la France n'envisagera cette ratification que lorsque la Cour européenne des Droits de l'Homme « sera à nouveau en mesure de traiter le flux des requêtes qui lui est soumis ». La même réponse avait déjà été faite lors d'une question écrite (n° 34441 de M. Aymeri de Montesquiou, publiée au JO, Sénat du 19 juillet 2007, p. 2357 et réponse publiée au JO du Sénat du 1^{er} novembre 2001, p. 3457).

⁵⁴⁸ La Croatie, Chypre, la Finlande, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Roumanie, la Slovénie et l'Espagne.

Enfin, la directive 2000/78 a pour objet « *d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, [le] handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement* », selon son article 1.

Elle justifie cette lutte contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, dans la mesure où celle-ci peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes.

L'article 2 dispose qu'il faut entendre par égalité de traitement l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur les motifs énoncés dans les dispositions précédentes. Il définit l'hypothèse d'une discrimination directe lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1^{er}, et une discrimination indirecte lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une religion ou de convictions, d'un handicap, d'un âge ou d'une orientation sexuelle donnés, par rapport à d'autres personnes. Toutefois, la directive prévoit une justification dans le cas d'une discrimination indirecte en énonçant que celle-ci est justifiée dès lors que « *cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ».

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

Concernant son champ d'application, celui-ci est dessiné dans l'article 3, qui mentionne tant le secteur public, que le secteur privé, pour les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération.

Au niveau national, l'article 31 de la loi de 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État réprime toute personne qui « *soit par voies de fait, violences ou menaces contre un individu, soit en lui faisant craindre de perdre son emploi (...), l'auront déterminé à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte (...)* ». L'article 10 de notre Déclaration des droits de l'homme et du citoyen précise que « *Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public* ».

Pour synthétiser, comme nous l'indiquions précédemment, il faut distinguer la liberté de conscience du salarié que rien ne doit affecter, de la manifestation de la foi, pour laquelle des limites peuvent apporter. Comme le note fort justement M. le Procureur général J.-C. Marin dans avis relatif à la décision « *Baby loup* », « *cette distinction entre croyance et manifestation de cette croyance se traduit concrètement par ce qu'on appelle le « for interne » et le « for externe »*⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ Cass., Ass. Plén. du 16 juin 2014, pourvoi n° E13-28.369., M. Fatima X C/ association Baby-Loup. Cf. aussi sur la notion de for « interne » et de for « externe », Ph. Waquet, « Vie personnelle et vie professionnelle du

La loi du 11 octobre 2010⁵⁵⁰ précise qu'il est interdit de dissimuler son visage dans l'espace public, c'est-à-dire sur les voies publiques, dans les lieux ouverts au public ou affectés au service public. Cela concerne essentiellement les entreprises de spectacle, de restauration, les parcs d'attraction, les commerces de manière générale. Rappelons enfin que notre droit est construit sur le principe que la liberté est la règle et que l'interdiction ou la restriction reste l'exception. Cela transparaît directement au travers de ces textes. L'entreprise n'est pas un lieu où, par principe les salariés sont astreints à une neutralité confessionnelle⁵⁵¹.

Le Code du travail ne consacre pas la liberté religieuse, mais interdit toute discrimination directe ou indirecte de la part de l'employeur fondée sur ce motif⁵⁵². Le juge peut aussi examiner les décisions prises par l'employeur au regard des exigences posées par l'article L. 1121-1 et L.1321-3 du Code du travail.

Pour mémoire et pour conclure notre exposé succinct de façon précise, l'article L. 1121-1 du Code du travail dispose « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* » et l'article L. 1321-3 précise que le règlement intérieur d'une entreprise ne peut contenir « *des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » ainsi que « *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 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.* »

L'article L. 1132-1 interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur « *son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, (...) de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses* ».

Enfin, l'article L. 1133-1 du Code du travail dispose qu'une discrimination peut être justifiée par « *à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

Le choix du texte de référence dans l'analyse de la situation soumise à l'examen du juge est un point fondamental que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation semble avoir tranché dans la décision « *Baby loup* » du 25 juin 2014⁵⁵³. Alors que la chambre sociale⁵⁵⁴ avait explicitement fait référence tant à l'article L. 1121-1 qu'à l'article L. 1132-1 du Code du travail, l'Assemblée plénière, ne mobilise que l'article L. 1121-1 et L. 1321-3, ce dernier portant plus spécifiquement sur le règlement intérieur. Il semble que cette dernière distingue la

salarié », Les cahiers sociaux du barreau de Paris, 1994, p. 289 ; Ph. Waquet, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », Gaz. Pal., 1996, p. 1427 ; M. F. Géa, « Une atteinte à la liberté religieuse », entretien M. N. Moizard, Semaine sociale Lamy 2013.1609 à propos de l'arrêt de de la Cour d'appel de Paris du 27 novembre 2013.

⁵⁵⁰ N° 2010-1192, JO du 12 octobre 2010 et circulaires du 2 et 31 mars 2011.

⁵⁵¹ Cf. F. Gaudu, « La religion dans l'entreprise », Dr. soc. 2010, p.71 ; P. Adam, « La crèche et l'au-delà... », Semaine sociale Lamy, 2011.1515.

⁵⁵² Art. L. 1132-1 du Code du travail.

⁵⁵³ N° 13-28.369, préc.

⁵⁵⁴ 19 mars 2013, n° 11-28.645, bull. 2013, V, n° 75, préc.

manifestation de la foi, dont l'entrave devrait être observée au travers du prisme des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 et la foi religieuse elle-même, ce qui dans ce cas relèverait de l'article L. 1132-1 et L. 1133-1 du Code du travail. Cette distinction est appréciée de façon diverse par la doctrine⁵⁵⁵, et ne correspond pas à la jurisprudence relative à l'article 9 de la CEDH qui assimile liberté religieuse et manifestation de sa foi. En définitive, l'employeur devra justifier son atteinte à la manifestation de la foi soit par une atteinte justifiée et proportionnée dans le cadre de l'article L. 1121-1 ou L. 1321-3 du Code, ou par une exigence professionnelle essentielle et déterminante au regard de l'article L. 1133-1 du Code. On perçoit aisément la difficulté liée au fait que les deux textes régissent en définitive la même situation tout en prévoyant des conditions légèrement différentes.

B. La jurisprudence européenne de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour suprême du Canada et de la Cour suprême des Etats-Unis

Alors que le Conseil de l'Europe, né après la seconde guerre mondiale, dans le but de défendre la démocratie et les droits de l'homme, est à l'origine de la Convention européenne des droits de l'homme, l'Union européenne, héritière de trois institutions à vocation essentiellement économique, nées durant la même période, s'est construite sur une philosophie d'inspiration libérale liée au développement économique. Pour mémoire, afin d'asseoir définitivement la paix en Europe, Robert Schuman proposa dans sa déclaration du 9 mai 1950 la mise en commun des productions franco-allemande de charbon et d'acier. Celle-ci devait servir de base à la création d'une communauté économique, et introduire « *le ferment d'une communauté plus large et plus profonde entre des pays longtemps opposés* ». Ainsi, la discrimination fut dès le départ, dans le traité de 1957, concernant le sexe en matière d'emploi, envisagée afin d'éviter la création d'un avantage concurrentiel indu pour l'un de ses Etats membres, généré par de moindres avantages accordés aux femmes salariées par rapport aux hommes. Cette orientation a perduré jusqu'à l'aube des années 2000, les textes de l'Union portant sur la discrimination, ne concernaient que les domaines de l'emploi et de la protection sociale au regard du sexe du salarié. Cette différence d'approche s'est estompée avec le temps, et des rapprochements entre les jurisprudences sont apparus. La Cour européenne étant saisie de sujet de société donnant lieu à de vives controverses, à l'instar de la liberté religieuse, elle n'échappe pas aux critiques, voire aux appels à la résistance face à ses décisions⁵⁵⁶.

1. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Pour mémoire, le fait religieux peut être abordé devant la Cour européenne des droits de l'homme par le biais de l'article 9⁵⁵⁷, mais aussi de l'article 8 de la Convention européenne

⁵⁵⁵ J.-M. Chonnier, « Le contentieux soulevé par le fait religieux dans l'entreprise », JCP S, n° 10, 18 mars 2016, 1083 ; J. Mouly, « L'affaire aby Loup devant l'Assemblée plénière : quelques accommodements avec les principes », Dt. soc. 2014, p. 811.

⁵⁵⁶ B. Mathieu, « S'opposer à la Cour européenne des droits de l'homme ? c'est possible et justifié », Le Figaro, 18 novembre 2016, p. 14.

⁵⁵⁷ «1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

relatif au respect de la vie privée au regard du comportement de salariés hors temps de travail, et enfin au travers de l'article 10 concernant la liberté d'expression⁵⁵⁸. La possibilité de s'appuyer sur l'article 14 est aussi ouverte. Toutefois ce dernier ne vaut que pour les droits et libertés garantis par la Convention, dont bien évidemment la liberté religieuse. Il n'est pas possible d'invoquer seulement une violation de l'article 14. L'article 2 du Protocole n°1 à la Convention concerne plus particulièrement le droit des parents d'assurer une éducation religieuse à leurs enfants, conformément à leurs convictions. La Cour peut aussi utiliser des normes externes, et notamment les conventions de l'organisation internationale⁵⁵⁹. Concernant la discrimination, elle a posé le principe que la liste des motifs conférant un caractère discriminatoire de l'article 14 n'était pas limitative⁵⁶⁰. La Cour considère que la responsabilité d'un état peut être mise en cause par son action, mais aussi par sa passivité, en raison d'une « *obligation positive* » qui pèse sur lui. Celle-ci le contraint à adopter des mesures adaptées pour permettre aux personnes de bénéficier effectivement d'un droit garanti par la Convention⁵⁶¹. Enfin, depuis sa décision *Young, James et Webster* du 13 août 1981⁵⁶², la Cour applique un effet « horizontal » à la Convention. Cela signifie qu'outre l'étude des contestations entre un Etat et un individu prévu par l'article 34 de la Convention, la Cour peut être saisie d'une atteinte aux droits dans le cadre de rapports interindividuels, de personnes privées, en application de l'article 1 de la Convention. L'effet « *horizontal* » est aussi considéré de façon indirecte dès lors que c'est la législation de l'Etat qui est défaillante. Ces méthodes du juge semblent engendrer une augmentation du nombre de conflits de droits⁵⁶³.

Rappelons qu'il faut distinguer la liberté de conviction, de religion et son expression individuelle ou collective. Concernant la liberté religieuse, la Cour européenne l'a progressivement élevé au niveau d'un droit substantiel de la Convention⁵⁶⁴. Elle pose le principe dans la décision *Kokkinakis*⁵⁶⁵ que « *la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sein de la Convention* ». Elle précise en outre que la dimension religieuse se situe « *parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents* ». Cette liberté de conscience ne peut être limitée. Elle prend ainsi en considération la liberté de ne pas adopter une religion de la même façon que la liberté religieuse. La Cour distingue la religion de la simple opinion, en considérant qu'il s'agit de « *vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* »⁵⁶⁶. Pour synthétiser la position jurisprudentielle, la liberté religieuse compris dans le sens d'une liberté de conscience, confère la liberté pour toute personne d'adopter la

⁵⁵⁸ Cf. « Aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de religion », rapport préparé par la Division de la recherche de la Cour, 27 pages, http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_FRA.pdf.

⁵⁵⁹ N. Moizard, « L'usage des conventions de l'OIT par la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit social*, avril 2014, p. 365.

⁵⁶⁰ *Engel c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 72.

⁵⁶¹ Cf. notamment *CEDH, Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, préc. ; *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. 6289/73 ; *Lopez Ostra c. Espagne* 9 décembre 1994, req. n° 16798/90 ; *Ihlan c. Turquie*, 27 juin 2000, req. n° 21986/93 ; *Ilascu et al. C. Moldavie et Russie*, 8 juillet 2004, req. n° 48787/99.

⁵⁶² Req. n° 7601/76 et 7806/77.

⁵⁶³ F. Sudre, préc. p. 254.

⁵⁶⁴ Cf. en ce sens « Aperçu sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de liberté de religion », préc., p. 5.

⁵⁶⁵ *CEDH, Ch, 25 mai 1993, Kokkinakis c/ Grèce*, Req. n° 14307/88 §31 et 79 ; dans le même sens *CEDH, 5ème sect.*, 17 fév. 2011 *Wasmuth c. Allemagne*, Req. n° 12884/03.

⁵⁶⁶ *CEDH, Campbell et Cosans c. Royaume Uni*, 25 février 1982, req. n° 7511/76; 7743/76, § 36 ; *CEDH, Hasan et Eylem Znegin c. Turquie*, 9 octobre 2007, req. n° 1448/04, § 66.

religion de son choix⁵⁶⁷. Elle inclut également la liberté de ne pas avoir de conviction religieuse⁵⁶⁸ et la possibilité de changer librement de conviction religieuse.

En outre, cette liberté implique celle de pouvoir la manifester en privé ou en public, individuellement ou collectivement⁵⁶⁹, ce qui est le cas notamment pour le port d'un foulard islamique⁵⁷⁰. La Cour a constaté, dans sa décision *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005⁵⁷¹, qu'il n'est pas possible de « *discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société (...) et le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes* ». La Cour considère qu'il est du rôle de chaque Etat de veiller à l'organisation du respect des droits de chacun, afin que les citoyens puissent vivre ensemble quelle que soit leur religion, leur croyance. Dans sa décision *SAS c. France*, du 1^{er} juillet 2014⁵⁷², elle indique clairement que « *dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun* ». Elle rajoute que « *bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante* »⁵⁷³. Elle affirme, toujours dans sa décision *SAS c. France*, que le port du voile intégral n'était pas en soi une atteinte à la dignité des personnes, ni à l'égalité des sexes⁵⁷⁴. Il faut cependant remarquer qu'elle fonde son raisonnement sur deux objectifs, à savoir :

- concilier les intérêts des divers groupes,
- assurer le respect des convictions de chacun.

L'emploi du terme « *et* » renvoie à un cumul obligatoire de ces deux facteurs, et elle dément tout droit à la majorité de porter atteinte aux droits d'une minorité. Le fait qu'il y ait une opinion majoritaire ne suffit pas en soi à justifier une atteinte aux droits fondamentaux, notamment le port de signes religieux en public. La notion de conciliation des intérêts des divers groupes est assez vaste pour n'être pas réellement une condition limitative. L'organisation d'une vie en société démocratique, implique nécessairement une conciliation des intérêts des personnes. En revanche, la condition relative au respect des convictions de chacun est à la fois plus précise et plus complexe à mettre en œuvre. En effet, les convictions religieuses d'une personne peuvent se traduire de multiples manières, plus ou moins compatibles avec un système normatif. Cette énonciation n'apporte pas réellement une limite clairement déterminée dans le domaine de l'expression de la foi. Toutefois, les normes légales restent bien sûr supérieures aux normes religieuses.

La Cour accepte, en outre, que des limites soient posées à l'expression religieuse, sous conditions⁵⁷⁵, découlant de l'application de l'article 9 :

⁵⁶⁷ CEDH, *Ivanova c. Bulgarie*, 12 avril 2007, req. n° 52435/99.

⁵⁶⁸ CEDH, *Buscarini et a. c. San Marin*, 18 février 1999, req. n° 24645/94, § 34.

⁵⁶⁹ *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005, req. n° 44774/98.

⁵⁷⁰ CEDH, 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse*, req. n° 42393/98.

⁵⁷¹ § 109.

⁵⁷² Req. n° 43835/11, §126.

⁵⁷³ § 128.

⁵⁷⁴ *SAS c. France*, préc., § 119 et 120.

⁵⁷⁵ Cf. notamment CEDH, Gde ch., 10 novembre 2005, Req. n° 44774/98 *Leyla Sahin c/ Turquie*, « dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun »

- Les limites soient imposées par un texte législatif, infra législatif ou par la jurisprudence, sous réserve d'une sécurité juridique (stabilité et prévisibilité de la norme)⁵⁷⁶. La Cour a d'ailleurs rappelé dans la décision Leyla Sahin c./ Turquie du 10 novembre 2005 que le terme « loi » doit s'interpréter de manière matérielle et non formelle. « *La loi doit se comprendre comme le texte écrit et le « droit élaboré » par les juges* »⁵⁷⁷.
- La mesure doit être adoptée pour poursuivre des buts légitimes⁵⁷⁸ qui sont énumérés par l'article 9, à savoir « *la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques ou à la protection des droits et libertés d'autrui* », mesures nécessaires dans une société démocratique, et mesures proportionnées au but poursuivi.

Toutefois, la Cour, dans la décision SAS c. France du 1^{er} juillet 2014⁵⁷⁹ rappelle que l'énumération des exceptions à la liberté de chacun de manifester sa religion ou ses convictions qui figure dans le second paragraphe de l'article 9 est exhaustive et que la définition de ces exceptions est restrictive. Sa démarche consiste donc à vérifier dans un premier temps la présence d'une ingérence dans le droit de manifester sa religion, ce qui est le cas lors d'une interdiction de porter un signe religieux. Puis, elle examine que celle-ci repose sur la loi au sens formel et non matériel du terme. Et enfin, elle s'assure que la mesure poursuit un but légitime, énuméré dans l'article 9, et que celle-ci est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Lorsque l'atteinte à la liberté religieuse est imputée non à un Etat mais à une personne morale ou physique relevant du droit privé, la Cour recourt à l'obligation positive pour l'Etat de garantir pour toute personne relevant de sa juridiction, l'exercice des libertés énoncées par l'article 9⁵⁸⁰. Rappelons qu'une obligation positive imposée à l'Etat membre met à la charge de l'Etat signataire une obligation de mettre en place « *des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits* »⁵⁸¹ dont le citoyen bénéficie de par la Convention. Un Etat ne peut donc demeurer passif et doit fournir aux citoyens les conditions pour pouvoir exercer les droits qu'ils détiennent, comme le précise la décision du 9 octobre 1979, Airey c./ Irlande⁵⁸².

Comme nous l'évoquions, la Cour européenne n'a pas constaté l'existence de règles uniformes pour l'ensemble des Etats européens en matière de liberté religieuse, notamment pour le port du voile musulman⁵⁸³. Elle considère qu'il appartient au premier chef aux autorités des Etats de déterminer les mesures nécessaires⁵⁸⁴. La Cour tient compte des particularités nationales, au regard des différences qui peuvent exister entre par exemple, la France, dotée d'un principe de laïcité profondément ancré dans la société et les pays du nord de l'Europe, où il existe la plupart du temps une église d'Etat. La Cour n'impose pas aux Etats de mettre en place une législation spécifique portant sur l'expression religieuse des salariés au sein des entreprises. Elle estime que la possibilité de recours judiciaires par les victimes compense l'absence de réglementation⁵⁸⁵. Elle souligne toutefois l'importance du fait religieux au sein de nos

⁵⁷⁶ Cf. CEDH, Leyla Tahin c. Turquie préc.

⁵⁷⁷ Décision Leyla Sahin c. Turquie, préc., § 88.

⁵⁷⁸ Cf. CEDH, 4 décembre 2008, Req. n° 31645/04, Kervanci c./ France.

⁵⁷⁹ Req n° 43835/11.

⁵⁸⁰ CEDH 12 septembre 2011, Palomo Sánchez et autres c. Espagne, req. n° 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, §§ 58-61.; voir aussi Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 septembre 1994, § 47, série A no 295-A).

⁵⁸¹ CEDH, Lopez Ostra c./ Espagne, 9 décembre 1994, § 51, GACEDH, n°3.

⁵⁸² GACEDH n°2.

⁵⁸³ Cf. l'entretien avec M. J.-G. Huglo, Conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation, Semaine sociale Lamy 2013 1577, propos recueillis par F. Champeaux et A. Marcon.

⁵⁸⁴ CEDH, Eweida et autres c. Royaume-Uni, du 15 janvier 2013, 012 (2013), requêtes n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10).

⁵⁸⁵ G. Calvès, « Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby loup. Quelle lecture européenne du problème ? », RDT 2014.94 ; CEDH, Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, n° 48420/10, AJDA

sociétés⁵⁸⁶ et précise que l'article 9 de la Convention implique la liberté de manifester sa religion, y compris sur le lieu de travail. Cet article précise les manifestations possibles de celle-ci que sont le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites⁵⁸⁷. Toutefois, lorsqu'elle « *empiète sur les droits d'autrui, elle peut faire l'objet de restrictions*⁵⁸⁸ ». L'article 9 de la Convention n'empêche aucunement un Etat d'imposer une législation générale⁵⁸⁹. La Cour est donc attentive au respect d'un juste équilibre entre l'exercice des droits, c'est-à-dire, entre le droit de pratiquer sa religion y compris au sein de l'entreprise, et celui de l'employeur de protéger son image de marque, de la construire, de préserver sa réputation éventuellement de neutralité auprès notamment de ses clients. Il s'agit d'une recherche d'un équilibre entre les intérêts des parties pour l'exercice de la religion sur le lieu de travail. Pour l'instant, la jurisprudence reconnaît très clairement que l'employeur n'a pas à reconnaître un droit spécifique, privilégié, au salarié selon ses croyances religieuses. L'employeur ne porte pas atteinte à la liberté religieuse d'un salarié s'il lui demande de fournir un justificatif pour une absence liée à sa présence au cours d'une fête religieuse⁵⁹⁰. Ce n'est pas non plus le cas pour le refus d'un tribunal de reporter une audience en raison d'une fête religieuse⁵⁹¹. Comme l'indique la Cour dans ses décisions Kalaç⁵⁹² et Kostasiki⁵⁹³, l'article 9 « *ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction* ». La Cour examine la motivation réelle des décisions prises. Elle a ainsi considéré que la révocation d'un agent du service public pour ne pas avoir respecté les horaires de travail au motif que l'Église adventiste du septième jour, à laquelle il appartenait, interdisait à ses membres de travailler le vendredi après le coucher du soleil n'était pas motivée par des convictions religieuses, mais découlaient uniquement du non-respect des obligations contractuelles⁵⁹⁴.

La Cour s'est prononcée à de nombreuses reprises sur le port de signes religieux, notamment dans les établissements d'enseignement public que ce soit pour les enseignants⁵⁹⁵ ou pour les étudiants⁵⁹⁶, lors de contrôles de sécurité⁵⁹⁷, ainsi que lors des photographies destinées aux documents officiels⁵⁹⁸. Pour mémoire, la violation de l'article 9 n'a jamais été retenue, jusqu'à présent. En outre, elle a confirmé dans une décision du 26 novembre 2015⁵⁹⁹ que l'obligation de neutralité imposée en France aux agents du service public était compatible avec l'article 9 de la convention.

Toutefois, il est nécessaire de revenir sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour et de la Commission pour mieux appréhender celle-ci. L'inflexion s'est faite vers une plus grande

2013.81 ; *ibid.* 1794, chron. L. Burgogue-Larsen ; D. 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2013.337, obs. Fleur Laronze.

⁵⁸⁶ « fondement-parmi d'autres- des sociétés démocratiques pluralistes. », Eweida et autres c. Royaume-Uni préc.

⁵⁸⁷ Cf. notamment Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova, n° 45701/99, CEDH 2001-XII.

⁵⁸⁸ Eweida et autres c. Royaume-Uni préc.

⁵⁸⁹ Cf. Pichon et Sajous c. France, n° 49853/99, CEDH 2001-X

⁵⁹⁰ CEDH, Kostasiki c. L'ex. République yougoslave de Macédoine, 13 avril 2006, req. n° 55170/00.

⁵⁹¹ CEDH, Francesco Sessa, c. Italie, 3 avril 2012, req. n° 28790/08.

⁵⁹² CEDH, Kalaç c. Turquie, 1^{er} juillet 1997, req. n° 20704/92, § 27.

⁵⁹³ Préc. § 37.

⁵⁹⁴ CEDH, Konttinen c. Finlande, 3 décembre 1996, req. n° 24949/94, Décisions et rapports (DR) 87, p. 69.

⁵⁹⁵ 15 février 2001, Dahlab c. Suisse, req. n° 42393/98 ; 24 janvier 2006, Kurtulmuş c. Turquie, req. n° 65500/01.

⁵⁹⁶ Leyla Şahin, arrêt précité ; 24 janvier 2006, Köse et autres c. Turquie (déc.), req. n° 26625/02 ; 4 décembre 2008, Kervanci c. France, req. n° 31645/04 ; 30 juin 2009, Aktas c. France, req. n° 43563/08 ; 30 juin 2009, Ranjit Singh c. France, req. n° 27561/08.

⁵⁹⁷ 11 janvier 2005, Phull c. France, req. n° 35753/03 ; 4 mars 2008, El Morsli c. France (déc.), req. n° 15585/06.

⁵⁹⁸ 11 juin 2007, Mann Singh c. France, req. n° 24479/07.

⁵⁹⁹ CEDH, 26 novembre 2015, n° 64846/11, Ebrahimian c. France, Jurisdata n° 2015-026060 ; JCP A 2015n act. 1020 ; F. Dieu, « L'obligation de neutralité religieuse des agents publics jugée conforme à la convention européenne des droits de l'homme », JCP administrations et collectivités territoriales » n° 20, 23 mai 2016, 2132.

liberté d'exprimer sa foi, y compris au sein de l'entreprise. Au préalable, avait été posé le principe que si la personne, (le salarié en l'occurrence) pouvait contourner une limitation apportée à sa liberté religieuse, il n'y avait pas d'atteinte à celle-ci⁶⁰⁰. La Commission avait clairement précisé à plusieurs reprises qu'il n'y avait aucune atteinte à la liberté garantie par l'article 9, dès lors que le salarié pouvait démissionner ou changer de travail⁶⁰¹, et ce d'autant plus si l'intéressé a volontairement accepté un emploi incompatible avec ces pratiques et que la religion en question peut être pratiquée ou observée par d'autres moyens sans difficulté ni⁶⁰² désagréments excessifs. Dans l'affaire Kalaç c. Turquie⁶⁰³, le demandeur fut débouté de sa demande de reconnaissance de discrimination, car il avait choisi une carrière militaire et avait donc accepté de son plein gré un régime militaire qui, par nature, impliquait que certains droits pussent faire l'objet de limitations et qu'en outre, il pouvait honorer les obligations ordinaires de la foi musulmane. Cependant, cette ligne jurisprudentielle n'était pas suivie lorsque d'autres libertés étaient en cause, notamment le droit au respect de la vie privée, l'exercice de la liberté d'expression ou la liberté d'adhérer ou non à un syndicat⁶⁰⁴. Comme le note Mélanie Schmitt⁶⁰⁵, cette affirmation fut remise en cause dans un contexte de marché de l'emploi difficile ainsi qu'au regard du lien de subordination. C'est la décision Eweida que nous allons examiner, qui marquera un véritable tournant à cet égard. Dans le même esprit, la Cour dans une décision du 12 mars 1981 avait posé le principe selon lequel « *Une personne (...) peut, dans l'exercice de sa liberté de manifester sa religion, avoir à tenir compte de sa situation professionnelle ou contractuelle particulière* »⁶⁰⁶. Dans la décision Dahlab c. Suisse du 15 février 2001⁶⁰⁷, la requérante, institutrice convertie à l'Islam, critiquait la décision de son école publique, confirmée par le Tribunal fédéral suisse de lui interdire de porter le foulard en classe. La Cour a considéré que la mesure était équilibrée en raison notamment du fait qu'elle représentait l'Etat et de la présence d'enfants de 4 à 8 ans, âges auxquels ils sont influençables.

Initialement, la jurisprudence était donc assez restrictive à l'égard des manifestations religieuses au sein des entreprises. Les requêtes ne dépassaient parfois pas le stade de la recevabilité dans la mesure où la Cour considérait que la protection érigée par l'article 9 ne protégeait pas tout acte motivé par une conviction religieuse, et qu'en outre, une manifestation normale et reconnue d'une conviction devait être démontrée⁶⁰⁸. Ainsi la Commission considérait en 1981 que le fait de ne pas travailler certains jours n'était pas en soi la manifestation de convictions religieuses, même si cette absence avait pu se justifier par de telles convictions⁶⁰⁹. Dans d'autres décisions datant de 1996 et 1997, concernant des absences le jour

⁶⁰⁰ Comm. EDH, 3 décembre 1996, Konttinen c. Finlande, req. n° 24949/94, DR 87-B, p. 68 ; Comm. EDH, 9 avril 1997, Stedman c. Royaume-Uni, no 29107/95, DR 89-B, p. 104 ; 27 juin 2000, Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France, req. n° 27417/95.

⁶⁰¹ Konttinen c. Finlande, décision de la Commission du 3 décembre 1996, Décisions et rapports 87-A, p. 68 ; Stedman c. Royaume-Uni, décision de la Commission du 9 avril 1997.

⁶⁰² X. c. Danemark [no 7374/76, décision de la Commission du 8 mars 1976, Décisions et rapports (DR) 5, p. 157.

⁶⁰³ 1er juillet 1997, n°20704/92, Recueil des arrêts et décisions 1997-IV.

⁶⁰⁴ CEDH, Smith et Grady c. Royaume-Uni, n° 33985/96 et 33986/96, §71, CEDH 1999-VI ; Vogt c. Allemagne, 26 septembre 1995, § 44, série A, n° 323 ; Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, §54-55, série A, n° 44 ; Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de religion, Division de la recherche, p. 23.

⁶⁰⁵ « Manifestations religieuses en entreprise et droit du Conseil de l'Europe », Revue de Droit Canonique, n° 63, p. 335.

⁶⁰⁶ CEDH, 12 mars 1981, n° 8160/78, Aff. X c./Royaume Uni

⁶⁰⁷ Requête n° 42393/98.

⁶⁰⁸ Comm. EDH Arrowsmith c. Royaume-Uni, 12 octobre 1978, req. 7050/75.

⁶⁰⁹ Comm. EDH, Ahmad c. Royaume-Uni du 12 mars 1981, req n° 8160/78, concernant des aménagements d'horaire pour un enseignant.

du shabbat et le dimanche, cette jurisprudence conservait toute sa vigueur⁶¹⁰. Celle-ci sembla marquée une légère inflexion au cours des années 2000, comme le démontre la décision *Kosteski*⁶¹¹. La Cour y déclare que certes, l'absence du salarié pouvait s'expliquer par une fête religieuse, mais qu'« elle n'est pas persuadée qu'il s'agissait d'une manifestation de ses convictions au sens de l'article 9 de la convention ou que la peine prononcée à son encontre (...) en s'absentant sans autorisation soit une atteinte à ses droits ».

Enfin, la jurisprudence de la Cour et de la Commission tendait à considérer que si l'intéressé avait la possibilité de prendre des mesures pour contourner une restriction à sa liberté de manifester sa religion ou sa conviction, il n'y avait pas d'ingérence dans l'exercice du droit découlant de l'article 9 § 1 et la restriction n'avait donc pas à être justifiée au regard de l'article 9 § 2. Dans la décision *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*⁶¹², la Cour précise qu'« il n'y aurait ingérence dans la liberté de manifester sa religion que si l'interdiction de pratiquer légalement (l')abattage (rituel) conduisait à l'impossibilité pour les croyants (...) de manger de la viande d'animaux abattus selon les prescriptions religieuses qui leur paraissent applicables en la matière ».

De même, sur le port du foulard et son influence, la position de la Cour a évolué. Dans la décision *Dahlab c. Suisse* du 15 février 2001, elle considère que celui-ci porte atteinte au principe d'égalité des sexes, au respect d'autrui, au principe de tolérance, en s'interrogeant : « Comment (...) pourrait-on dans ces circonstances dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique qui (...) est difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes. Aussi, semble-t-il difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination que dans une démocratie tout enseignant doit transmettre à ses élèves ». La Cour oppose expressément le port du foulard et le principe d'égalité, la tolérance et le respect d'autrui. Puis une inflexion majeure apparaît dans la décision *SAS c. France* du 1^{er} juillet 2014⁶¹³, puisque la Cour estime que l'on ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire le port du voile, pas plus que le respect de la dignité de la personne.

C'est l'arrêt *Eweida et autres c. Royaume-Uni*⁶¹⁴, qui a démontré une forte évolution jurisprudentielle relative à l'expression religieuse en entreprise. L'arrêt permet d'appréhender la logique que la Cour va désormais probablement suivre, consistant en une recherche de conciliation des intérêts en cause, se rapprochant ainsi de la notion d'aménagement raisonnable en vigueur en Amérique du nord. Pour mémoire, les requérantes soutenaient que leur droit national ne leur avait pas suffisamment permis d'exercer leur religion. Mme Eweida avait été embauchée par la société *British Airways* comme agent d'escale, et à ce titre était contrainte de porter un uniforme. Il était prévu que le port de bijoux était interdit et que les signes religieux devaient être soit cachés par l'uniforme, soit en cas d'impossibilité, faire l'objet d'une autorisation. Dans un premier temps, Mme Eweida porta sa croix chrétienne sous son uniforme, avant de décider de l'afficher sur celui-ci pour affirmer son engagement religieux. Elle fut alors mise à pied en 2006, mesure applicable aussi longtemps qu'elle maintiendrait son souhait de

⁶¹⁰ Comm. EDH, 13 avril 2006, *Konttinen v. Finland*, req. n°24949/94 et Comm. EDH, 9 avril 1997, *Stedman v. the United Kingdom*, req. n°29107/95, D.R. 89 p. 104.

⁶¹¹ CEDH, 13 avril 2006, *Kosteski c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, req. n° 55170/00.

⁶¹² 27 juin 2000, req. n° 27417/95.

⁶¹³ Req. n° 43835/11.

⁶¹⁴ CEDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni préc.*, req. n° nos 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10.

porter ce signe religieux de manière ostensible. Elle se vit ensuite proposer un poste administratif ne nécessitant pas le port de l'uniforme, et sans contact avec le public. Elle réintégra ensuite son poste quelques mois plus tard en 2007, la politique de l'entreprise ayant changé et autorisant désormais le port de signes religieux. Mme Eweida saisit alors les juridictions anglaises pour discrimination, mais fut déboutée. Celles-ci estimèrent que le port visible d'une croix chrétienne n'était pas une obligation imposée par sa religion mais une décision personnelle, et qu'elle ne démontrait pas que la position de British Airways était discriminante pour les chrétiens en général, donc une discrimination indirecte. La Cour d'appel ne lui répondit pas plus favorablement, invoquant outre l'absence de discrimination indirecte démontrée, le fait que son employeur lui avait proposé un poste sans contact avec le public et sans perte de salaire, ce que la requérante avait refusé. L'employeur avait réellement recherché une solution alternative à son souhait de manifester sa religion.

En revanche la Cour européenne répondit favorablement à son action. Elle estima que le juge anglais n'avait pas ménagé un juste équilibre entre le désir de manifester sa foi et le souhait par son employeur de « véhiculer une certaine image de marque (qu'elle que soit la légitimité de ce motif) ». La Cour a estimé que les tribunaux avaient accordé trop d'importance au souhait de l'employeur de préserver son image. Elle observa qu'auparavant, la société avait autorisé le port du turban et du hijab sans effet sur la réputation ou l'image de marque de l'entreprise. De plus, la modification de la politique de l'entreprise achevait de démontrer selon la Cour, que « l'interdiction antérieurement applicable n'était pas d'une importance cruciale » au regard de la protection de l'image de l'entreprise. Comme nous le verrons, l'emploi des termes de « juste équilibre » fait immédiatement penser à la notion d'accommodement raisonnable issue de la jurisprudence nord-américaine.

L'arrêt Eweida va donc démontrer un infléchissement important de la jurisprudence. Concernant la possibilité de démissionner, elle constate que cette jurisprudence ne s'est pas appliquée à propos de sanctions professionnelles infligées à des salariés lors de l'exercice « d'autres droits protégés par la Convention, par exemple le droit au respect de la vie privée énoncé par l'article 8, le droit à la liberté d'expression énoncé par l'article 10 ou le droit négatif de ne pas s'affilier à un syndicat découlant de l'article 11 »⁶¹⁵. Dès lors, prenant en considération l'importance de la liberté religieuse au sein d'une société démocratique, elle considère qu'« il vaut mieux apprécier cette possibilité parmi toutes les circonstances mises en balance lorsqu'est examiné le caractère proportionné de la restriction »⁶¹⁶.

Dans cette décision, la Cour pratique donc une extension de l'application de ce principe du respect d'un juste équilibre, d'une proportionnalité. Elle précise d'ailleurs qu'il « faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, l'Etat jouissant en toute hypothèse d'une marge d'appréciation »⁶¹⁷. Il y a donc ici une confirmation d'une application horizontale⁶¹⁸ de la protection apportée par l'article 9, principe exposé dans

⁶¹⁵ CEDH, Eweida, précité, § 83 ; elle cite notamment les décisions, « Smith et Grady c. Royaume-Uni, n° 33985/96 et 33986/96, § 71, CEDH 1999-VI, Vogt c. Allemagne, 26 septembre 1995, § 44, série A no 323, et Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, §§ 54-55, série A no 44 ».

⁶¹⁶ CEDH, Eweida, précité, §83.

⁶¹⁷ CEDH Eweida § 84.

⁶¹⁸ Pour mémoire, l'application horizontale consiste dans l'application de la Convention entre les personnes privées. Elle est inspirée de la théorie allemande de la *Drittwirkung*, que l'on peut traduire par l'effet à l'égard des tiers. Il s'agit d'une création du juge ne limitant pas le respect des droits fondamentaux aux personnes publiques, mais l'étendant aux rapports entre personnes privées.

une décision du 3 février 2011⁶¹⁹, obligation pour les Etats de garantir son application aux relations entre personnes, en l'occurrence entre un employeur et un salarié.

Dans son raisonnement, La Cour relève en premier lieu que le port de la croix était une manifestation de ses convictions religieuses, donc placé sous la protection de l'article 9, ce qui n'était pas réellement discuté. L'absence de réglementation concernant le port de vêtements et signe religieux sur le lieu de travail, « *ne signifie pas en elle-même que le droit de la requérante de manifester sa religion par le port d'un symbole religieux au travail fût insuffisamment protégé* »⁶²⁰, dès lors qu'il existe des recours juridictionnels. La Cour prend ensuite le soin d'analyser les décisions anglaises et les circonstances exactes de la cause. Malgré les aménagements importants offerts par son employeur, et le rappel que les tribunaux disposent d'une marge d'appréciation, la Cour conclut à l'absence de « *juste équilibre* ». Il est très intéressant de constater que la Cour met en balance d'une part le fait de manifester sa conviction religieuse, droit fondamental, et la volonté de l'employeur de projeter une image commerciale. Elle reconnaît que cette dernière démarche « *était assurément légitime* », mais que les tribunaux lui ont accordée trop d'importance. Elle se réfère pour justifier cette affirmation à la discrétion de la croix, que le port de vêtements religieux autorisés comme le turban ou hijab n'eût pas nui à l'image de l'employeur et enfin, la modification ultérieure du code vestimentaire par l'employeur démontrait la moindre importance de l'interdiction précédente. Pour la Cour européenne, l'inconstance dans la position de British Airways à l'égard du port de signes religieux constitue la démonstration de l'absence d'une justification réelle aux restrictions apportées et de la prédominance qu'il faut donner au respect des intérêts de Mme Eweida.

Un salarié dispose du droit de manifester sa religion, y compris sur son lieu de travail, et il est nécessaire que les restrictions apportées à ce droit soient justifiées, ce qui est le cas en l'espèce mais seulement d'un point de vue théorique. En effet, plus concrètement, l'affirmation par la société British Airways de sa volonté de protéger son image de marque est d'après la Cour, contredite par les actes même de cette société, notamment l'autorisation de porter d'autres signes religieux (turban ou voile) sans conséquence sur cette image de marque, puis son changement de politique à cet égard. La légitimité du motif n'est pas en lui-même remis en cause. Bien, au contraire, la Cour estime que le souhait pour un employeur de véhiculer une certaine image de marque est sans conteste, légitime. Mais d'après la Cour, la politique de l'entreprise à cet égard est incohérente en matière de fait religieux et crée des distorsions de traitement entre salariés. Contrairement à ce qu'affirme F. Cassereau⁶²¹, il ne semble pas que la Cour condamne d'office les exigences des clients, qui correspondent peu ou prou au souhait de maintenir son image par l'entreprise.

Dans cette série d'affaires, seule Mme Eweida obtiendra gain de cause, probablement en raison de circonstances particulières. Il n'est pas certain contrairement à ce qu'affirme Mélanie Schmitt, suite à cette décision que « *les employeurs devront manier avec prudence la justification d'une restriction fondée sur la préservation de l'image de l'entreprise* »⁶²². En effet, dans cette affaire, la position variable de l'entreprise a joué un rôle. Les employeurs

⁶¹⁹ CEDH, 3 février 2011, Siebenhaar c. Allemagne, req. n° 18136/02. Pour mémoire, il s'agissait d'une assistante maternelle allemande catholique, qui travaillait dans un jardin d'enfants géré par une église protestante. Elle fut licenciée pour avoir donné des cours de catéchisme pour le compte de sa communauté, hors temps de travail. Il faut noter que les tribunaux allemands ont considéré que le licenciement de la salariée était nécessaire pour préserver la crédibilité de l'Eglise protestante, « *et cette considération primait l'intérêt de l'intéressée à garder son emploi* ».

⁶²⁰ CEDH, Eweida, § 92.

⁶²¹ « La laïcité en entreprise : les vicissitudes du juge et du législateur », Gaz. Pal., 28 mai 2015, n° 148, p.8.

⁶²² M. Schmitt, préc. p. 342.

devront plutôt veiller à la cohérence de leur politique, notamment dans la durée. En revanche, les autres motifs que sont la mise en œuvre d'une politique de non-discrimination par l'employeur à l'égard des clients homosexuels que ce soit pour consacrer leur union ou leur prodiguer des conseils en thérapie psycho-sexuelle⁶²³, ou la volonté de l'employeur d'assurer la protection de la santé et de la sécurité des infirmières et des patients⁶²⁴ apparaissent comme justifiés pour limiter l'expression de sa foi comme les décisions suivantes nous l'ont démontrés.

Une seconde affaire, concernait le port d'une croix par une infirmière, Mme Chaplin, au sein du service gériatrique d'un hôpital. La direction lui avait intimé l'ordre de retirer ce symbole aux motifs que celui-ci pouvait être source de lésions si un patient tirait dessus ou s'il était au contact d'une blessure. Mme Chapelin, portait cette croix en pendentif, au titre de ses convictions religieuses alors que le règlement de l'hôpital précisait que « *toute pièce de joaillerie portée doit être discrète* » et qu'il fallait le signaler à son supérieur hiérarchique. D'autres infirmières avaient été priées d'enlever leur croix, leur bracelet ou kirpan, un couteau de cérémonie sikh. En revanche, deux femmes médecins, avaient été autorisées à porter un hijab sportif serré. Suite à une modification de son uniforme, il lui fut demandé d'enlever sa croix pour des raisons de santé et de sécurité ou de l'accrocher au cordon de son badge, ce qu'elle refusa. Elle fut alors mutée sur un autre poste. Elle saisit alors les juridictions anglaises pour discrimination directe et indirecte et fut déboutée. La Cour européenne se livre ici à une analyse assez brève de la mise en balance des intérêts en cause. Elle affirme que par nature, la protection de la santé et de la sécurité dans un hôpital est plus importante que celle de manifester sa religion auprès d'autrui, que les Etats disposent d'une marge importante d'appréciation. En outre, la Cour a estimé que les services hospitaliers sont les mieux placés pour prendre des décisions relatives à la sécurité que le juge « *ou, qui plus est, un tribunal international devant lequel personne n'a directement témoigné* ».

Dans les autres décisions, la mise en balance est tout aussi succinctement effectuée. Dans l'affaire Ladele, cette dernière, chrétienne orthodoxe, avait refusé de participer à la formation d'unions civiles entre partenaires homosexuels, alors que son autorité d'officier d'état-civil l'exigeait⁶²⁵. La Cour vérifie là encore, que le but poursuivi était légitime, ce qui fut considéré comme tel, dès lors qu'il s'agissait d'appliquer un principe de non-discrimination aux couples homosexuels concernant leur union civile. Concernant la vérification de la proportionnalité des moyens, la Cour après avoir rappelé que lors de la conclusion de son contrat, la requérante n'avait pas renoncé à son désir de manifester sa religion, dès lors que l'union civile ouverte aux couples homosexuels était apparue ultérieurement, considéra que les autorités n'ont pas excédé leur marge d'appréciation étendue dans ce domaine. Dans l'affaire McFarlane, conseiller en thérapie psychosexuelle, qui avait refusé de conseiller des couples homosexuels en raison de ses convictions religieuses, la Cour a relevé que le requérant avait signé son engagement tout en sachant qu'il pouvait avoir affaire à des couples homosexuels. La Cour estime que le plus important reste la politique de l'employeur de non-discrimination à l'égard de ses clients, et que dès lors, les juridictions nationales n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation en déboutant le requérant de ses actions en discrimination. Là encore, le contrôle de proportionnalité est beaucoup moins approfondi que dans la décision Eweida. En revanche, il

⁶²³ Décision concernant M. McFarlane et Mme Ladele.

⁶²⁴ Décision concernant Mme Chaplin.

⁶²⁵ Par comparaison, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 18 octobre 2013 n° 2013-353 QPC, sur une question prioritaire de constitutionnalité transmise par le Conseil d'Etat, sur requête de plusieurs maires a tranché dans le même sens, mais sur d'autres fondements. Il rappelle certes que « la liberté de conscience (...) est au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit », mais que le maire est chargé d'appliquer de l'exécution des lois et règlements.

est intéressant de constater que la politique pratiquée à l'égard du client devient prépondérante sur l'expression des convictions des salariés.

Pour M. Schmitt, ainsi que N. Hervieu⁶²⁶, le contrôle de proportionnalité serait modulé selon la qualification publique ou privée de l'employeur, ce qui pourrait effectivement se vérifier dans les affaires Chapelin et Ladele, avec la mise en balance d'un intérêt général et d'un intérêt privé, et la possibilité laissée à l'Etat de bénéficier d'une marge de manœuvre importante. Toutefois, dans la décision McFarlane, le raisonnement est, en définitive, uniquement fondé sur la finalité poursuivie. La Cour précise très clairement qu'il⁶²⁷ s'agit de « *l'élément le plus important à retenir* ». Plus globalement, plusieurs auteurs commentant les décisions relatives à l'application horizontale et à la recherche d'un équilibre entre des intérêts privés, dès 2010 mettaient en exergue « *l'impression irritante que la Cour modifie son raisonnement en fonction de l'intérêt qu'elle a déjà choisi de faire triompher* »⁶²⁸. Pour le dire de façon moins incisive, la Cour semble avoir des difficultés à mettre en œuvre sans équivoque, ce contrôle de proportionnalité dans ce type d'hypothèse⁶²⁹. La décision permet enfin de percevoir une allusion par la Cour à la notion d'aménagement raisonnable sans toutefois la transformer en obligation formelle.

Dans la décision Chaplin, la Cour retrace les propositions d'aménagement faites par l'employeur, mais à aucun moment, n'apparaît l'obligation pour l'employeur de procéder préalablement à la sanction, à la recherche d'un aménagement raisonnable, ce qui est une obligation, comme nous allons le voir, imposée aux employeurs américains et canadiens. Toutefois, le simple fait de relater ces éléments démontre que les juges n'y ont pas été totalement imperméables. En pratique, dès lors que la Cour impose de « *prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* »⁶³⁰, elle n'est pas si éloignée de la question que se pose la Cour Suprême canadienne relative à la conciliation des exigences religieuses de l'une face aux intérêts économiques et organisationnelles de l'autre.

Enfin, il faut noter que la Cour considère que l'interdiction édictée par la loi française du 11 avril 2011 concernant le port du voile intégrale dans l'espace public répond à un objectif légitime, notamment celui de préserver les conditions du « *vivre ensemble* », et qu'il n'y avait donc pas d'atteinte aux exigences de la Convention⁶³¹. Il serait intéressant de savoir si cette préservation des conditions du « *vivre ensemble* » pourrait être transférée au sein d'une entreprise qui interdirait le port de tenue religieuse dans cette optique.

Concernant plus particulièrement le recours à l'article 14 de la convention portant sur l'interdiction de la discrimination, la Cour lui a conféré un effet horizontal. Il trouve dès lors à s'appliquer aux rapports entre citoyens, de nature privé, notamment lorsque l'interprétation par une juridiction nationale d'un « *acte juridique apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, (...) en flagrante contradiction avec l'interdiction de la discrimination établie à l'article 14 et, plus largement, avec les principes sous-jacents à la Convention* »⁶³². En outre, la Cour a posé le principe dans sa décision du 23 juin 1968 « *Affaire linguistique belge* » que celui-ci

⁶²⁶ Cf. M. Schmitt préc., N. Hervieu, « Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail », Lettre, « Actualités Droits-Libertés », du CREDOF, 24 janvier 2013.

⁶²⁷ « L'action de l'employeur visait à garantir la mise en œuvre de sa politique de prestation de services sans discrimination ».

⁶²⁸ J. Mouly et J.-P. Marguénaud, « Les droits de l'homme salarié de l'entreprise identitaire », à propos de trois arrêts de la CEDH, Obst et Schüth, 23 septembre 2010, Siebenhaar, 3 février 2011, D. 2011, p. 1637.

⁶²⁹ Cf. en ce sens, M. Schmitt, préc. p. 345.

⁶³⁰ Décision Eweida préc. § 84.

⁶³¹ CEDH, SAS c. France, 1^{er} juillet 2014, n° 43385/11.

⁶³² Pla et Puncernau c. Andorre, 13 juillet 2004, req. n° 69498/01.

avait une portée autonome, et qu'il pouvait dès lors être applicable même si aucun manquement aux droits protégés par la Convention n'était constaté⁶³³, si la décision en cause produisait un effet discriminant. Le juge pratique une interprétation souple de ce principe, puisqu'il est seulement nécessaire que les faits ou éléments contestés se trouvent « *dans le domaine* »⁶³⁴ ou sous « *l'empire* »⁶³⁵ des dispositions de la Convention⁶³⁶. L'étude de l'évolution de la jurisprudence de la CEDH démontre donc une extension du champ d'application de l'article 14. En considérant que l'élément en cause se situe « *dans le domaine* » des dispositions de la Convention, le juge peut ainsi intervenir dans le champ de droits très divers. Il en est ainsi des droits sociaux puisque la Cour a considéré que relevait d'un droit patrimonial au sens de l'article 1 du protocole n°1 la situation d'un chômeur en fin des droits et sa requête portant sur l'allocation d'urgence⁶³⁷. Cela permet à la Cour d'appréhender des litiges relatifs à de nombreux droits économiques ou sociaux par ce biais⁶³⁸.

Le motif tiré de la discrimination, conformément au texte, était considéré par le juge dans l'examen des litiges, dans un premier temps, comme accessoire ou complémentaire, dès lors qu'une violation d'un droit ou liberté garantie par la convention était constatée, à l'exception du cas où la discrimination constituait l'aspect principal du litige⁶³⁹. Toutefois, cette approche s'est inversée en présence de contestations relatives à la vie familiale ou privée⁶⁴⁰. Il faut aussi noter que la Cour sanctionne tant les discriminations directes qu'indirectes depuis les décisions *Zarb Adami c. Malte* du 20 juin 2006⁶⁴¹ et *DH et al. C. République tchèque* du 13 novembre 2007⁶⁴². Dans la décision *Taddeucci et McCall* du 30 juin 2016⁶⁴³, la Cour pose clairement le principe selon lequel une décision ou une politique ne visant pas particulièrement un groupe et sans visée discriminatoire, peut être considérée comme une discrimination indirecte en présence « *d'effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes* »⁶⁴⁴, en l'absence de justification « *objective et raisonnable* »⁶⁴⁵.

La jurisprudence n'interdit pas toute différence de traitement. Deux critères cumulatifs sont retenus pour qualifier la discrimination depuis la décision « *Affaire linguistique belge* » du 23 juillet 1968⁶⁴⁶. Il faut démontrer d'une part une différence de traitement relatif à l'exercice d'un droit et d'autre part, l'absence d'une justification objective et raisonnable. L'évolution de la définition de ces critères par la Cour lui a permis d'étendre le champ d'application de la notion de discrimination.

⁶³³ Sur le respect de la vie privée et familiale, *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n° 9214/80, 9473/81, 9474/81, § 69 et 83.

⁶³⁴ *Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, préc. § 71.

⁶³⁵ *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1987, req. n° 8777/79, § 176 et s.

⁶³⁶ Plus récemment, *CEDH Taddeucci, Mc Call c. Italie*, req. n° 51362/09, 30 juin 2016, § 53.

⁶³⁷ *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, req. n° 17371/90, § 41.

⁶³⁸ En ce sens, F. Suldre, « *Droit européen et international des droits de l'homme* », Puf, 12^{ème} éd., 2015, 967 p., p. 419.

⁶³⁹ *CEDH, Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, § 67.

⁶⁴⁰ *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, req. n° 33290/96 ; *Unal Tekeli c. Turquie*, 16 novembre 2004, req. n° 29865/96.

⁶⁴¹ Req. n° 17209/02.

⁶⁴² Req. n° 57325/00.

⁶⁴³ Req. n° 51362/09.

⁶⁴⁴ § 81.

⁶⁴⁵ § 81.

⁶⁴⁶ Préc.

Concernant le premier critère relatif à l'égalité de traitement, celui-ci se traduit selon la Cour par une différence « *introduite entre des situations analogues ou comparables* »⁶⁴⁷. A l'inverse, la Cour reconnaît aussi la discrimination lorsque qu'un Etat ne met pas en œuvre « *un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes* »⁶⁴⁸. Quant au second critère, de « *la justification objective et raisonnable* », il est interprété comme la recherche d'un but légitime en respectant le principe de proportionnalité « *entre les moyens employés et le but visé* »⁶⁴⁹. Les Etats disposent d'une marge d'appréciation pour décider « *si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique* »⁶⁵⁰. Tel n'est plus le cas en l'absence de but légitime⁶⁵¹. Le critère décisif se situe dans le rapport de proportionnalité et le constat d'une disproportion manifeste. La Cour fait référence à un « *dénominateur commun aux systèmes juridiques* »⁶⁵². L'existence de celui-ci réduit d'autant la marge d'appréciation de l'Etat⁶⁵³ et inversement⁶⁵⁴. Enfin, les domaines fortement techniques laissent une marge d'appréciation importante aux Etats, car ne ressortant pas du dénominateur commun. Il en est ainsi notamment des mesures générales économiques ou sociales⁶⁵⁵. Seule l'absence de fondement raisonnable entraîne la qualification de discrimination⁶⁵⁶.

Pour conclure succinctement, la Cour européenne impose aux juridictions nationales la nécessité de mettre en balance les intérêts en présence et de ménager les intérêts privés en présence d'une restriction à la liberté religieuse, mais n'empêche pas l'entreprise de prendre des mesures pour protéger l'image de son entreprise.

2. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

Les Etats européens sont divisés sur la question du vêtement religieux. Leur législation et jurisprudence sur le sujet sont extrêmement diverses⁶⁵⁷, avec en revanche un objectif similaire, celui de la neutralité de l'Etat et de coexistence pacifique des religions. La Belgique et la France, pour des raisons historiques, se fondent sur une approche de la laïcité fondée davantage sur l'interdiction de manifester sa religion, notamment pour le vêtement religieux au sein des services publics. L'Allemagne, rappelons-le, avec un contexte religieux spécifique, s'appuie sur une approche plus permissive de la manifestation religieuse. La Cour constitutionnelle allemande interprète le principe de neutralité comme ne devant pas être compris « *dans le sens d'une séparation stricte de l'Église et de l'État, mais dans le sens d'une position ouverte et globale, favorisant de la même manière la liberté de religion de toutes les croyances* »⁶⁵⁸.

Pour le secteur public et les lieux publics, tant la France que la Belgique ont donc interdit à leurs agents du secteur public en vertu d'un principe de neutralité et de laïcité, de porter des

⁶⁴⁷ Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, req. n° 6833/74 § 32.

⁶⁴⁸ Thlimmenos c. Grèce, 6 avril 2000, req. n° 34369/97, § 44.

⁶⁴⁹ Affaire linguistique belge préc., B. Interprétation retenue par la Cour, § 10.

⁶⁵⁰ Rasmussen c. Danemark, 28 novembre 1984, req. n° 8777/79, § 40 ; Stec et al. C. Royaume-Uni, 12 avril 2006, req. n° 65731/01 et. 65900/01, § 51.

⁶⁵¹ Darby c. Suède, 23 octobre 1990, req. n° 11581/85, § 33.

⁶⁵² Rasmussen c. Danemark, préc.

⁶⁵³ Marckx c. Belgique préc.

⁶⁵⁴ Leyla Sahin c. Turquie, préc.

⁶⁵⁵ En ce sens F. Sudre, Droit européen et international des droits de l'homme, préc., p. 441. James c. Royaume-Uni, 21 février 1986, req. n° 8793/79, § 46.

⁶⁵⁶ Hode et Abdi c. Royaume-Uni, 6 novembre 2012, req. n° 22341/09.

⁶⁵⁷ E. Sharpston, concl., Asma Bougnaoui, ADDH c./ Micropole SA, C-188/15, présentée le 13 juillet 2016, § 36.

⁶⁵⁸ Arrêt de la Seconde Chambre du 24 septembre 2003. 2 BvR 1436/02.

signes religieux au travail⁶⁵⁹, ainsi qu'à tout individu d'arborer des vêtements masquant le visage⁶⁶⁰. Il n'existe en revanche aucune législation spécifique dans de nombreux pays, notamment le Danemark, les Pays-Bas, le Royaume-Uni portant sur les vêtements religieux pour les agents du secteur public⁶⁶¹. Toutefois, en Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a considéré que c'est uniquement dans le cas où l'apparence extérieure des enseignants peut engendrer ou contribuer à engendrer un risque suffisamment précis d'atteinte à la neutralité de l'État ou à la coexistence pacifique au sein du système scolaire qu'une interdiction de porter des signes religieux au travail peut être justifiée, dans le secteur de l'enseignement public⁶⁶². De même, elle a clairement affirmé que le port du foulard islamique ainsi que tout objet ou vêtement religieux par les agents du service public considérés ou étant considérés comme obligatoire, est a priori compatible avec l'impératif de neutralité de l'Etat. La difficile équation à résoudre entre les principes de liberté de conscience des enseignants, de liberté confessionnelle des élèves et des parents et les devoirs éducatifs des parents et de l'Etat conduit à une interprétation restrictive de la règle selon laquelle un danger suffisant et concret doit exister pour protéger la paix confessionnelle scolaire ou la neutralité de l'Etat. Cette position très stricte était déjà apparue dans une décision du 24 septembre 2003⁶⁶³ portant sur le refus par l'administration du Land de Bade-Wurtemberg d'intégrer une institutrice ayant obtenu ses examens, dès lors qu'elle souhaitait porter le voile. Cette décision fut censurée par la Cour constitutionnelle au motif qu'il n'existait pas de base légale motivant cette décision. Ces positions excluent de facto toute prohibition préventive de manifestation religieuse. Il y a ici une véritable différence d'approche entre l'Allemagne et le groupe constitué par la France et la Belgique, alors même que l'objectif est identique, à savoir la neutralité de l'Etat, permettant de garantir toute absence de discrimination.

Concernant le secteur privé, les positions sont également diverses. Une interdiction fondée sur la santé, sécurité ou la préservation de l'image de l'entreprise est parfois acceptée par les juridictions nationales, sans que cela ne soit une généralité au sein de l'Union. Ainsi, l'Institut des droits de l'homme⁶⁶⁴ des Pays-Bas a posé le principe qu'une règle d'interdiction du port des signes religieux constitue une discrimination directe⁶⁶⁵. Toutefois, les juges néerlandais acceptent que la priorité de l'image professionnelle et de marque de l'entreprise en édictant un code vestimentaire⁶⁶⁶ soit donnée sur l'expression religieuse. En Allemagne, un salarié peut se voir interdire le port de signes religieux par application d'une directive de l'employeur ou d'une convention collective sous réserve que le port de ces symboles l'empêche d'accomplir son travail, causant ainsi un préjudice à son employeur⁶⁶⁷. En Belgique, la Cour du travail de

⁶⁵⁹ Pour la Belgique, cf. l'arrêté royal du 14 juin 2007, modifiant l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant statut des agents de l'État, article 8 et pour la France, la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, et aussi : Conseil d'État, avis n° 217017 du 3 mai 2000, M^{lle} Marteaux.

⁶⁶⁰ Pour la France cf. la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 prohibant la dissimulation du visage dans l'espace public. Pour la Belgique, cf. la loi du 1^{er} juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage.

⁶⁶¹ E. Sharpston, concl., *Asma Bougnaoui, ADDH c./ Micropole SA*, C-188/15, présentée le 13 juillet 2016, § 39.

⁶⁶² Arrêt du 27 janvier 2015, 1 BvR 471/10 et 1 BvR 1181/10.

⁶⁶³ Arrêt de la seconde chambre, 2 BvR 1436/02.

⁶⁶⁴ Collège voor de Rechten.

⁶⁶⁵ Décision du 18 décembre 2015, n° 2015-145, « Oordeel ». Ces décisions n'ont pas de valeur contraignante, mais sont revêtues d'une véritable autorité et généralement suivies par les juridictions nationales.

⁶⁶⁶ Cf. l'analyse de la Commissie Gelijke Behandeling (commission pour l'égalité de traitement) en matière de règles relatives aux uniformes de police et à la « neutralité de mode de vie » (CGB-Advies/2007/08).

⁶⁶⁷ La Cour fédérale du travail a jugé dans une décision du 10 octobre 2002 (2 AZR 472/01) que le licenciement d'une vendeuse d'un grand magasin, fondé sur son refus d'ôter son foulard, ne pouvait pas être justifié par les motifs que prévoit la loi sur la protection contre le licenciement abusif parce qu'elle n'était pas dans l'impossibilité

Bruxelles, dans un arrêt du 15 janvier 2008, a jugé qu'un employeur pouvait se fonder sur la protection de l'image de son entreprise pour licencier une vendeuse, porteuse d'un foulard⁶⁶⁸. Au Danemark, la Cour suprême dans une décision du 21 janvier 2005 a posé le principe selon lequel un employeur peut imposer des règles vestimentaires en relation avec l'image de marque de l'entreprise, interdisant le port du foulard, pourvu que celles-ci s'appliquent à l'ensemble du personnel⁶⁶⁹.

Initialement, dans le silence des traités, la Cour va préalablement recourir à la notion des principes généraux du droit communautaire, avant d'utiliser directement la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que tous les Etats membres en furent signataires⁶⁷⁰. Le juge européen va ainsi construire un corpus des droits fondamentaux à son échelle⁶⁷¹. Bien sûr, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 plaçant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au même plan que les traités, va permettre de poser clairement le principe selon lequel non seulement les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme font partie intégrante du droit de l'Union, mais qu'en outre cette Charte devient une source de droits privilégiés⁶⁷² dans ce domaine. Toutefois, comme le note H. Oberdorff⁶⁷³, elle n'a pas vocation à s'appliquer directement dans l'ordre juridique national, sauf lorsqu'il met en œuvre le droit de l'Union européenne, pour l'instant du moins.

Sur le contenu de celle-ci, rappelons pour mémoire que l'article 10 dispose que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique (...) la liberté de manifester sa religion (...) en public ou en privé* » et est strictement identique à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il ne contient pas toutefois de dispositions équivalentes au paragraphe 2 de l'article 9 de la CEDH, relatives aux exceptions autorisées ; ce dernier prévoit pour mémoire, que « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

L'article 21 interdit toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

d'accomplir son travail en tant que vendeuse et que son comportement ne causait pas de préjudice à son employeur. Cf. aussi pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, arrêt du 27 janvier 2015, 1 BvR 471/10, DE:BVerfG:2015:rs20150127.1bvr047110, points 83 à 87.

⁶⁶⁸ Journal des tribunaux du travail, n° 2008/9, p. 140.

⁶⁶⁹ Højesteret, Ufr.2005.1265H.

⁶⁷⁰ CJCE, 28 octobre 1975, Rutili, n° 36-75 ; la Cour fait référence expressément aux articles 8,9,10 et 11 de la CEDH ; CJCE, 18 juin 1991, ERT, affaire C-260/89, Rec. I, 2951 ; CJCE, 17 décembre 1998, Baustahlgewebe GmbH c/Commission, affaire C-185/95 P, RTDH 1999, 487, obs. F. Sudre, n° 39 concernant le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable ; CJCE, 10 avril 2003, Steffensen, affaire C-276/01 concernant le droit de la preuve dans le cadre du procès ; CJCE, 29 avril 2004, G. Orfanopoulos et a. et R. Olivieri, affaire C-482/01 et C-493/01, Europe 2004, n° 194 et 200, note D. Simon concernant le respect de la vie familiale des étrangers.

⁶⁷¹ Sur la mise en place de ce corpus cf. R. Tinière, « L'office du juge communautaire des droits fondamentaux », préface de F. Sudre, Bruylant éditeur, 1^{ère} éd., 708 p.

⁶⁷² Cf. en ce sens CJUE, 1^{er} mars 2011, Association belge des consommateurs test-achats ASBL, AJDA 2011, p. 967.

⁶⁷³ H. Oberdorff, préc., p. 254.

L'article 52 § 1 de la Charte énonce cependant que « *dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ».

On peut constater que l'article 9 est davantage restrictif en énonçant les finalités poursuivies par des limitations, à savoir la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique. La protection des droits et libertés d'autrui est commune aux deux articles. De même, concernant la discrimination, l'article 14 de la Convention européenne prévoit que « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

Quant à l'article 21 de la Charte relative à la non-discrimination, il dispose que « *Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Les éléments communs sont donc le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, la fortune et la naissance, l'appartenance à une minorité nationale. L'article 14 fait référence à toute autre situation sans plus de précision.

Pour mémoire, il faut y rajouter la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui vise spécifiquement la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 concerne les discriminations sur la race ou l'origine ethnique. Elles introduisent la distinction entre discrimination directe et indirecte.

L'article 2 de la directive n° 2000/78 comme celui de la directive 2000/43, interdit toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un des motifs visés à l'article 1. La directive permet toutefois une dérogation aux discriminations indirectes objectivement justifiées, « *par un objectif légitime et (à condition) que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ». De même, l'article 4 prévoit une dérogation générale à l'interdiction de discrimination directe et indirecte si « *en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ». Dans ce dernier cas, nous pouvons constater que les conditions sont plus exigeantes que dans le cadre de la discrimination indirecte, puisque le texte y ajoute la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante. Le régime de la dérogation à la discrimination indirecte est donc plus souple que celui de la discrimination directe. Il faut ici préciser que la protection offerte par le droit de l'Union européenne est donc plus importante que celui de la CEDH, en prévoyant des dérogations beaucoup plus limitées, ce qui est conforme à l'article 52 § 3 de la Charte qui prévoit expressément cette possibilité. Enfin, concernant la protection des droits fondamentaux, la Cour considère de façon constante que celle-ci constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, y compris en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité, dès lors que le principe de proportionnalité est respecté⁶⁷⁴. Cette position

⁶⁷⁴ 18 décembre 2008, Laval, C-341/05, § 93 ; 5 juin 1997, SETTG, C-398/95, § 21 ; 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, § 37 ; 5 décembre 2006, Cipolla e.a., C-94/04 et C-202/04, § 61.

s'est exprimée pour la libre circulation des marchandises⁶⁷⁵ et les prestations de service⁶⁷⁶. La décision Schmidberger est d'ailleurs particulièrement explicite puisqu'elle indique concernant les libertés d'expression et de réunion, que celles-ci ne sont pas des prérogatives absolues, et que des restrictions peuvent être apportées dès lors qu'elles répondent à des objectifs d'intérêt général, et ne constituent pas « *une intervention démesurée et intolérable* » portant atteinte à l'essence même du droit considéré⁶⁷⁷. La Cour établit une distinction très nette entre des droits fondamentaux tel que le droit à la vie, l'interdiction de la torture, l'interdiction de traitements inhumains qui présentent une protection absolue pour le citoyen et les autres libertés fondamentales qui peuvent faire l'objet de limitations dans leur exercice⁶⁷⁸. Elle s'appuie pour fonder sa décision et cette distinction sur le libellé de l'article 10 de la CEDH. Celui-ci précise que des restrictions peuvent être apportées à la liberté d'expression dès lors qu'il s'agit « *de mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». L'article 11 de la CEDH prévoit les mêmes possibilités avec les mêmes motifs pour les libertés de réunion et d'association. Pour mémoire, l'article 9 de la CEDH prévoit des limites possibles à l'exercice de la liberté religieuse, dès lors qu'elles sont nécessaires dans une société démocratique, notamment « *la sécurité publique, la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Si nous débutons notre analyse par la dérogation à la discrimination directe, la Cour considère que les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement ne constitue pas une discrimination lorsque cette différence de traitement est « *fondée sur une caractéristique* » liée à l'un des motifs visés à l'article 1. La Cour a jugé que ce n'est non pas *le motif sur lequel est fondée la différence de traitement, mais une caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante* »⁶⁷⁹. En outre, la Cour considère que l'article 4, paragraphe 1 est d'interprétation stricte⁶⁸⁰. En effet, le paragraphe 23 de son introduction précise qu'une différence de traitement peut être justifiée « *dans des circonstances très limitées* ».

L'approche de la notion de caractéristique constituant une exigence professionnelle essentielle et déterminante par la Cour transparait au travers de sa jurisprudence sur la discrimination liée à l'âge. Elle a ainsi considéré qu'une discrimination liée à l'âge pour les pompiers, se justifiait par la nécessité de disposer de capacités physiques importantes au regard du caractère physique de leurs activités de secours,⁶⁸¹. Une position similaire a été adoptée pour les pilotes de ligne⁶⁸² au regard de la diminution des capacités physiques et des conséquences importantes que cela pourrait avoir, ainsi que pour les agents des forces de l'ordre⁶⁸³. Il est aussi possible d'effectuer un parallèle avec l'article 2 de la directive n° 76/202 du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Cet

⁶⁷⁵ 12 juin 2003, Schmidberger, C-112/00, § 74.

⁶⁷⁶ 14 octobre 2004, Omega, C-36/02, § 35.

⁶⁷⁷ 2 juin 2003 préc., § 80.

⁶⁷⁸ § 80.

⁶⁷⁹ CJUE, 12 janvier 2010, Wolf, n° C-229/08, § 35.

⁶⁸⁰ 13 septembre 2011, Prigge e.a., n° C-447/09, § 72 ; 13 novembre 2014, Vital Pérez n° C-416/13, § 47.

⁶⁸¹ 12 janvier 2010, Wolf, C-229/08, § 40.

⁶⁸² 13 septembre 2011, Prigge e.a., C-447/09, § 67.

⁶⁸³ 13 novembre 2014, Vital Pérez, C-416/13, § 41.

article dispose dans son paragraphe 2 que les Etats disposent de la possibilité d'exclure de son champ d'application « *les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante* ».

Dans la décision Sirdar du 26 octobre 1999⁶⁸⁴ qui concernait une offre d'emploi de cuisinière au sein du corps des commandos anglais des « *Royales Marines* » qu'une militaire avait reçue comme offre de reclassement, et qui lui finalement été refusée car elle était une femme, la Cour a pris en compte non seulement l'activité mais aussi les conditions de son exercice afin de déterminer l'aspect essentiel de la caractéristique. En l'espèce, les femmes étaient exclues de ce corps d'assaut en raison de la règle d'interopérabilité, c'est-à-dire de la nécessité pour tout « *Marines* », quelle que soit sa spécialisation, d'être capable de combattre dans une unité commando. La Cour, après avoir rappelé qu'il s'agit d'une interprétation stricte du texte⁶⁸⁵, mais que les Etats disposait en l'espèce d'une marge d'appréciation en matière de sécurité publique, considéra que cette mesure ne dépassait pas les limites de ce qui était approprié et nécessaire, faisant application du principe de proportionnalité⁶⁸⁶, ce qu'elle considéra « *en raison de la nature et des conditions de l'exercice des activités en cause.* »⁶⁸⁷. La Cour confirma cette modalité d'interprétation dans sa décision Kreil du 11 janvier 2000⁶⁸⁸ citant « *la nature spécifique des emplois en cause ou par les conditions particulières de leur exercice* »⁶⁸⁹. En résumé, comme nous l'indiquions, il faut procéder à une analyse élargie afin de déterminer le caractère essentielle d'une caractéristique.

Concernant la dérogation à une discrimination indirecte, justifiée « *par un objectif légitime et (à la condition) que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ». La notion d'objectif légitime n'est pas définie pour cet article 2. L'article 5 de la directive précise que celle-ci ne doit pas porter atteinte aux mesures nécessaires dans une démocratie pour « *la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui* ». La notion d'objectif légitime pour la discrimination pour l'âge, est abordée dans l'article 6 paragraphe 1 de la directive, qui fait référence à la politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle. Toutefois, le fait que cet article définisse ces objectifs ne signifie pas obligatoirement que les mêmes soient visés dans l'article 2. Cet objectif légitime pourrait aussi se déduire de ceux du traité de l'Union européenne. L'article 3 fait expressément référence au développement économique. Cependant, dans sa décision du 19 juin 2014⁶⁹⁰, la Cour a considéré que « *l'augmentation des charges financières et d'éventuelles difficultés administratives ne sauraient, en principe, justifier le non-respect des obligations découlant de l'interdiction de discrimination* »⁶⁹¹. La même position était déjà énoncée dans la décision du 28 juin 2012 Erny⁶⁹², la Cour posant déjà le principe selon lequel des justifications, tirées de l'augmentation des charges financières et d'éventuelles difficultés administratives, « *ne sauraient, en tout état de cause, justifier le non-respect des obligations découlant de l'interdiction de discrimination sur le fondement de la nationalité* »⁶⁹³. Cette position se

⁶⁸⁴ C-273/97.

⁶⁸⁵ § 23.

⁶⁸⁶ 15 mai 1986, Johnston, C- 222/84, § 38.

⁶⁸⁷ §32.

⁶⁸⁸ C 285/98.

⁶⁸⁹ § 27.

⁶⁹⁰ Specht e. a. , C-501-12 à C. 506/12.

⁶⁹¹ § 77.

⁶⁹² C-172/11.

⁶⁹³ § 48.

retrouvait antérieurement dans la décision Merida⁶⁹⁴ où la Cour confirmait que l'augmentation des charges financières et d'éventuelles difficultés administratives ne constituaient en rien une justification d'une discrimination sur la nationalité⁶⁹⁵. Cette même position fut reprise en matière de discrimination sexuelle notamment dans la décision Schönheit et Becker⁶⁹⁶ pour l'état des finances publiques, en matière de discrimination d'une femme enceinte au regard du préjudice financier subi par l'employeur dans la décision du 4 octobre 2001 Tele Danmark⁶⁹⁷, cette dernière poursuivant la jurisprudence des arrêts Dekker du 8 novembre 1990⁶⁹⁸ et Mahlburg du 3 février 2000⁶⁹⁹. Dans la décision Webb du 14 juillet 1994⁷⁰⁰, la Cour affirmait déjà que « *le point de savoir si la présence de l'intéressée, pendant la période correspondant à sa maternité, est indispensable à la bonne marche de l'entreprise* » ne pouvait être mis en balance avec la protection offerte par le droit européen. En revanche, la justification par des motifs exclusivement commerciaux n'a pas été encore abordée.

Pour mémoire, il faut citer l'avocat général P. Maduro pour l'affaire Feryn⁷⁰¹, qui dans ses conclusions plaide pour que les demandes des clients qui « *ne seraient pas favorablement disposés à l'égard d'employés d'une origine ethnique déterminée est totalement dénuée de pertinence pour la question de l'application de la directive 2000/43* », cette dernière portant sur la discrimination sur la race ou l'origine ethnique, et que « *Même si cette affirmation était correcte, elle ne ferait qu'illustrer que «les marchés ne remédieront pas à la discrimination» (...) et qu'une intervention réglementaire est essentielle* ». Il considère que les distorsions de concurrence pourront être éliminées par une réglementation communautaire.

L'avocate générale, Mme E. Sharpston, dans ses conclusions du 13 juillet 2016 dans l'affaire Addh c. Micropole⁷⁰² concernant la question préjudicielle posée par la Cour de cassation relative au port du foulard islamique, considère que l'intérêt commercial d'une entreprise constitue un objectif légitime⁷⁰³. L'avocate générale Mme J. Kokotte dans ses conclusions du 31 mai 2016⁷⁰⁴ relatives à la question belge sur le foulard islamique prend la même position.

La difficulté réside dans la cohérence entre l'interprétation par le juge communautaire de la Convention, lors du recours contentieux à l'application de la Charte, et la position de la Cour européenne des droits de l'homme, en attendant une adhésion de l'Union européenne, prévue par le Traité de l'Union, à la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁰⁵. Pour terminer

⁶⁹⁴ 16 septembre 2004, C-400/02.

⁶⁹⁵ § 30.

⁶⁹⁶ 23 octobre 2003, C-4/02, § 84 et 85.

⁶⁹⁷ C-109/00, § 28.

⁶⁹⁸ C-177/88, § 12.

⁶⁹⁹ C-207/98, § 29.

⁷⁰⁰ C-32/93, § 26.

⁷⁰¹ Conclusions du 12 mars 2008, affaire C-54/07, § 18.

⁷⁰² C.-188/15.

⁷⁰³ § 115.

⁷⁰⁴ Affaire C-157/15, § 79.

⁷⁰⁵ Malheureusement, après trois ans de négociations, une proposition de convention a été rédigée par les représentants des 47 pays du Conseil de l'Europe et la Commission européenne en avril 2013, retenant une approche consistant à envisager l'Union comme n'importe quelle autre partie de la Convention. Puis, l'avis de la CJUE a été sollicité sur la conformité de cette proposition d'accord avec les traités européens, qui a rendu un avis (2/13) énonçant de nombreux obstacles à cette adhésion, le 18 décembre 2014, considérant qu'elle n'est en l'état du projet ni conforme au Traité de l'Union (TUE), ni au Traité relatif au Fonction de l'Union (TFUE). Le juge communautaire fait notamment remarquer que les actes de l'Union pourraient faire l'objet d'un contrôle par une institution externe, la CEDH en l'occurrence, en ce qui concerne l'application des droits fondamentaux inscrits dans la CEDH. La CJUE fait remarquer en outre, que sa propre interprétation d'un droit dans le cadre de la CEDH ne serait pas contraignante pour la Cour européenne des droits de l'homme.

ce tour d'horizon, il est nécessaire de revenir sur la difficulté relative à la qualification juridique de l'hypothèse d'une interdiction du port d'un vêtement religieux au sein d'une organisation. En effet, il est aisé de constater que cette interdiction va amener les personnes observant strictement des préceptes religieux à être traités différemment des autres, qu'ils soient athées ou plus simplement moins pratiquants. Il s'agit là dès lors d'un éventuel cas de discrimination directe ou indirecte. La question est épineuse à résoudre, et les avis sont souvent partagés à l'image des positions de Mme Sharpston dans ses conclusions du 13 juillet 2016 concernant l'affaire Bougnaoui⁷⁰⁶, et de celle de Mme Kokott dans ses conclusions du 31 mai 2016 concernant l'affaire Achbita, qui s'opposent fortement sur ce point. Pour Mme Kokott, dans cette affaire, où une salariée belge fut licenciée en raison de son refus d'enlever son voile en application du règlement intérieur, la salariée n'a pas été traitée « *de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait* »⁷⁰⁷. En effet, selon elle, hormis les cas où une religion serait particulièrement visée, rien ne démontre qu'une salariée manifestant sa foi de manière vestimentaire est traitée de manière moins favorable qu'un salarié athée, en présence d'un code vestimentaire neutre. En revanche pour l'Avocate générale Sharpston, « *il semble impossible de ne pas conclure que Mme Bougnaoui a été traitée de manière moins favorable, sur la base de sa religion, qu'une autre personne ne l'aurait été dans une situation comparable* »⁷⁰⁸. En effet, si celle-ci n'avait pas manifesté sa religion par le port d'un voile, elle n'aurait pas été licenciée. Rappelons pour mémoire, que celle-ci a été licenciée pour avoir refusé d'enlever le voile qu'elle portait chez un client, à la demande de ce dernier, après des protestations de ses propres salariés. Préalablement, la salariée avait été informée lors de son embauche, qu'elle ne pourrait porter le voile en présence notamment de clients, ce qu'elle avait accepté. Dans l'affaire Feryn, l'Avocat général Poiares Maduro⁷⁰⁹ considérait que le fait pour un employeur de ne pas souhaiter embaucher des marocains en raison des stéréotypes dont ses clients étaient porteurs était une discrimination directe⁷¹⁰, ce qui sera confirmé par la décision elle-même⁷¹¹.

Si l'on s'arrête un instant sur ces deux affaires récentes portant sur le voile, la règle de neutralité vestimentaire a bien été portée préalablement à la connaissance des salariés. Rien ne démontre que l'employeur n'a pas agi de même envers d'autres signes religieux. Il est dès lors inexact de prétendre que Mme Bougnaoui a été traitée de manière moins favorable qu'une personne se rattachant à une autre foi, se manifestant par des vêtements spécifiques (turban, kippa, par exemple). Ou plus exactement, la preuve n'est pas rapportée dans cette affaire, que c'est la pratique de la religion musulmane qui est particulièrement visée, même si cela peut être le cas. D'autre part, il est tout aussi inexact de prétendre que la salariée fut moins bien traitée qu'un salarié athée qui aurait porté des vêtements inappropriés, notamment pourquoi pas, portant des mentions à l'encontre de la religion, pour la peine de mort, c'est-à-dire des opinions politiques ou philosophiques particulièrement affirmées et clivantes. Il s'agit dans les deux affaires, pour des motivations commerciales, d'éviter de communiquer des opinions qui pourraient parasiter l'image commerciale de l'entreprise. Cette obligation d'absence de communication de ses opinions concerne l'ensemble des salariés quelles que soient leur religion, leurs opinions politiques, etc... Ils sont traités indistinctement de la même manière. Comme le note fort justement Mme Kokott, la véritable discrimination se situe entre les salariés qui souhaitent

⁷⁰⁶ C-188/15, préc.

⁷⁰⁷ § 47 et 48 des conclusions.

⁷⁰⁸ § 88 des conclusions.

⁷⁰⁹ Conclusions déposées le 12 mars 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn NV, C-54/07, préc.

⁷¹⁰ § 30 des conclusions.

⁷¹¹ CJUE, 10 juillet 2008.

manifester leurs convictions, qu'elles soient religieuses, vestimentaires, ou philosophiques, de façon vestimentaire et les autres⁷¹². Il ne s'agit en aucun cas ici d'une discrimination portant sur la religion de manière spécifique. La situation serait bien sûr différente si la preuve était rapportée d'une ségrégation à l'encontre d'une religion spécifique, ce qui peut éventuellement ici être soupçonnée mais qui ne semble pas être démontré. Dès lors que ces mesures portent atteinte aux salariés souhaitant exprimer de façon vestimentaire leurs opinions politiques, religieuses, philosophiques, il s'agit bien ici d'une discrimination indirecte au sens de la directive.

La différence de qualification a un impact juridique important. En cas de discrimination directe, l'entreprise pourra défendre sa position en utilisant les dispositions de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000⁷¹³, à savoir qu'elle correspond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante⁷¹⁴. Cela entraînera l'analyse de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice, ainsi que la légitimité de l'objectif poursuivi et le respect d'un principe de proportionnalité. Mais, s'il est possible de soutenir qu'il s'agit d'une discrimination indirecte, la justification apportée par l'employeur est simplifiée car il doit démontrer que cela correspond à un objectif légitime et que les moyens restent nécessaires et sont appropriés.

Dans l'arrêt *Eweida*⁷¹⁵, certes le demandeur a obtenu gain de cause, mais la Cour n'a pas remis en cause le contrôle effectué par les juges nationaux. Comme le relève fort justement G. Calvès⁷¹⁶, la Cour précise que les instances nationales disposent dans cette hypothèse d'une marge d'appréciation. Cette question relative à la qualification de la discrimination n'a pour l'instant pas été tranchée clairement. Nous sommes en présence d'une superposition d'une méthode d'analyse des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et des textes de l'Union européenne.

Pour terminer ce court exposé, nous pouvons constater de manière synthétique qu'ils existent quelques divergences entre les approches du droit de l'Union européenne et la CEDH. La première concerne le champ géographique de protection puisque la Convention européenne s'applique à 47 Etats membres dont les membres de l'Union européenne, alors que l'inverse n'est pas vrai pour le droit de l'Union, dont l'application se limite à ses 27 membres. L'article 14 de la Convention prohibe la discrimination dès lors qu'elle se rattache à l'exercice d'un autre droit de la Convention et le protocole n° 12 donne à cette prohibition une portée générale. En revanche, dans le droit de l'Union, l'interdiction de la discrimination est indépendante, autonome, mais se limite à des domaines spécifiques précédemment énoncés tels que l'emploi. Enfin, la protection offerte en cas de discrimination directe autorise des exceptions beaucoup plus limitées en droit européen qu'au regard de la CEDH. Enfin, la jurisprudence de la Cour européenne de justice en matière de liberté religieuse est abondante, ce qui n'est pas le cas de son homologue, la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière a plus largement développé son approche en matière de discrimination sur l'âge par exemple, comme nous le verrons.

⁷¹² § 53 des conclusions.

⁷¹³ Cf. N. Moizard, « Expression religieuse en entreprise et droit de l'Union européenne. La Cour de justice et l'affaire *Baby Loup* », *Revue de droit canonique*, n° 63, 2013, p. 359.

⁷¹⁴ Article 4, § 1 de la directive.

⁷¹⁵ Préc.

⁷¹⁶ Préc.

3. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada et de la Cour suprême des États-Unis

Le juge européen semblant se rapprocher du raisonnement des juges anglo-saxons, il est intéressant d'étudier la jurisprudence en vigueur en Amérique du nord. Il faut d'ailleurs noter que la directive n° 2000-78 du 27 novembre 2000 en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail prévoit une obligation d'« *aménagements raisonnables pour les personnes handicapées* », dans son article 5, afin de « *garantir le respect du principe d'égalité de traitement* », que la décision Eweida évoque « *un juste équilibre à réaliser* »⁷¹⁷ entre la liberté de manifester sa foi et le droit pour l'entreprise de protéger son image de marque, et que l'Avocate générale Sharpston attend d'un employeur d'une grande entreprise « *qu'il prenne plus de mesures pour parvenir à un aménagement raisonnable avec son personnel* »⁷¹⁸. Toutefois, cette invocation serait, selon V. Fortier, issue d'une confusion conceptuelle⁷¹⁹. Nous examinerons successivement la jurisprudence canadienne, puis américaine.

a. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada

Le Canada a mis en place plusieurs textes dont la Charte canadienne des droits et libertés de 1982, ainsi que des lois fédérales, l'une portant sur les droits de la personne⁷²⁰ en 1985 et l'autre sur l'équité en matière d'emploi⁷²¹ en 1995. La première loi fédérale définit les motifs de distinction illicite comme ceux concernant la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience⁷²² et institue la Commission canadienne des droits à la personne⁷²³. Cette dernière a notamment pour mission de recevoir et résoudre les plaintes pour discrimination. De manière synthétique, face à une situation de discrimination, la législation canadienne impose à l'employeur de rechercher une solution afin que le salarié puisse exercer pleinement ses droits. Plus simplement, si l'employeur constate que certaines règles ont des conséquences disproportionnées sur des minorités, notamment religieuses, il doit adapter celles-ci. Il s'agit de l'accommodement raisonnable. Il faut préciser que ce n'est pas la loi qui utilise cette appellation, qui n'est en réalité qu'une création purement prétorienne. Cette notion reprend l'idée que les exigences du principe d'égalité ne peuvent qu'entraîner un traitement différentiel, conception opposée à celle qui affirme que l'égalité repose obligatoirement sur un traitement identique. Il s'agit d'une « *conception de l'égalité dite réelle par opposition à l'égalité dite formelle* »⁷²⁴.

La Commission canadienne des droits à la personne et des droits de la jeunesse du Québec cite comme exemples⁷²⁵ :

- Adapter un poste de travail aux limitations d'un employé ;

⁷¹⁷ § 94 de la décision, CEDH, Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013.

⁷¹⁸ § 125 des conclusions déposées le 13 juillet 2016, Asma Bougnaoui Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contre Micropole SA, C-188/15.

⁷¹⁹ V. Fortier, « Accommodement raisonnable, relations de travail et religions », *Revue de Droit Canonique*, n° 63, 2013, p. 181.

⁷²⁰ Loi canadienne sur les droits de la personne (L.R.C. (1985), ch. H-6) ; <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/h-6/>.

⁷²¹ Loi sur l'équité en matière d'emploi (L.C. 1995 ; ch. 44) ; <http://lois-laws.justice.gc.ca/fra/lois/e-5.401/>.

⁷²² Partie 1, 3(1).

⁷²³ Article 26 de la loi.

⁷²⁴ V. Fortier, *Revue de Droit Canonique*, n° 63, 2013, p. 182.

⁷²⁵ <http://www.cdpdj.qc.ca/fr/droits-de-la-personne/responsabilites-employeurs/Pages/accommodement.aspx>.

- Autoriser une journée de congé pour permettre la participation à une fête religieuse ;
- Offrir des soins adaptés aux besoins des patients ;
- Fournir les outils d'apprentissage nécessaires aux élèves ayant un trouble d'apprentissage ou de comportement ;
- Modifier un menu en tenant compte de restrictions alimentaires.

La responsabilité de l'accommodement est bien évidemment du ressort de l'employeur, et il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultat⁷²⁶. Chaque demande est traitée spécifiquement, au cas par cas, sans automatisme, et le demandeur est impliqué dans la recherche de solutions. Il doit agir de bonne foi et l'objectif est de parvenir, d'après la Commission à un « *compromis convenable* »⁷²⁷. Dès lors que la contrainte devient excessive au vu des possibilités de l'entreprise, tant financières que de fonctionnement, ou portant atteinte de façon excessive à la sécurité ou aux droits d'autrui, l'obligation disparaît. La Commission québécoise⁷²⁸ ainsi que la jurisprudence⁷²⁹ recommandent ainsi d'estimer le coût financier réel de l'accommodement, le budget de l'entreprise, sa santé financière, la conjoncture économique et en termes d'organisation, l'adaptabilité des lieux, la disponibilité des locaux, les effets sur la productivité ; l'atteinte à la convention collective, le moral du personnel, tout en précisant que la liste n'est pas exhaustive.

Cette notion « *d'accommodement raisonnable* » utilisée par le droit anglo-saxon⁷³⁰, consiste donc à qualifier ou non comme discrimination, l'atteinte à la liberté religieuse, dès lors que l'employeur a essayé de rendre compatible la demande d'expression religieuse du salarié et les intérêts de l'entreprise dans des limites raisonnables ou acceptables. La sanction du salarié ne se justifierait qu'en cas de persistance de son comportement ou de refus de sa part d'une solution d'aménagement réellement raisonnable proposée par l'employeur. Cette notion intégrée au

⁷²⁶ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, « Quatre règles de base en matière d'accommodement », <http://www.cdpcj.qc.ca/fr/formation/accommodement/Pages/html/regles-accommodement.html>.

⁷²⁷ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, « Quatre règles de base en matière d'accommodement », <http://www.cdpcj.qc.ca/fr/formation/accommodement/Pages/html/regles-accommodement.html>. préc. ; Central Okanagan School district n° 23 c. Renaud, [1992] 2 R.C.S. 970, p. 7 et dans la décision « O'Malley », le juge précise « [qu'] en l'absence de concessions de sa propre part, [le plaignant] doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi. », « Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears », [1985] 2 R.C.S. 536, § 23.

⁷²⁸ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, « Evaluation de la contrainte excessive, - B. Critères d'évaluation de la contrainte excessive » ; <http://www.cdpcj.qc.ca/fr/formation/accommodement/Pages/html/regles-accommodement.html>. préc.

⁷²⁹ Cour suprême du Canada, Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission) du 13 septembre 1990, [1990] 2 R.C.S. 489., cf. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/641/index.do>.

⁷³⁰ D. Roux, P. Verge, « Un milieu de travail diversifié : l'apport de l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2009, n° 261, p. 4 ; P. Bosset, P. Eid, « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable au dialogue internormatif ? », *Revue Juridique Thémis*, 2007, n°41-2, p. 523 ; M. Suhas, « L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », *Constitution*, 2011, p. 205 ; V. Fortier, « Accommodement raisonnable, relations de travail et religions », *Revue de Droit Canonique*, n° 63, 2013, p. 181.

droit canadien par l'arrêt O'Malley⁷³¹ est d'origine américaine⁷³². La Cour Suprême canadienne, définit la notion d'accommodement raisonnable⁷³³ comme celle qui « *consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs* » et elle pose la question suivante « *dans quelle mesure une employée peut-elle forcer son employeur à se conformer dans la gestion de son entreprise à ses pratiques (religieuses) ou à faire en sorte qu'elles soient respectées ?* »⁷³⁴. P. Bosset la définit comme « *étant une obligation juridique, applicable dans une situation de discrimination, et consistant à aménager une norme ou une pratique de portée universelle dans les limites du raisonnable, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme* »⁷³⁵.

Initialement, seule une discrimination indirecte permettait la mise en place d'un accommodement raisonnable, puis la jurisprudence de la Cour suprême canadienne évolua. L'employeur put alors démontrer qu'il n'y a pas de discrimination directe, si celle-ci se justifie par une exigence professionnelle normale. Le juge canadien a précisé cette notion, notamment dans l'arrêt Bhinder⁷³⁶ rendu à l'occasion du refus d'un salarié d'une société de chemin de fer, de confession sikh, de porter un casque de sécurité. Le salarié y opposa son obligation religieuse de porter son turban. Le juge a considéré dans cette affaire que la sécurité du salarié, matérialisée par le port du casque, appartenait à la catégorie des exigences professionnelles normales. En résumé, fut posé le principe qu'il n'y avait ni discrimination directe ou indirecte en présence d'une exigence professionnelle normale.

Dans sa décision *Central Okanagan School c. Renaud* du 24 septembre 1992⁷³⁷, le juge canadien précisa la notion de contrainte excessive estimant qu'il faut davantage qu'un inconvénient négligeable pour répondre à la définition de cette notion, mais une atteinte réelle et importante aux droits des autres employés. Dans la décision *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin* du 23 juin 1994⁷³⁸, la Cour suprême précisa que même si l'effet d'une discrimination est minime, cela n'empêchait nullement la recherche d'un accommodement raisonnable, dans cette affaire relative aux jours fériés pour les enseignants.

⁷³¹ Commission ontarienne des Droits de la Personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears, (1985), 2 R.C.S. 536. Il s'agissait d'une vendeuse de magasin qui devint une adepte de l'Eglise adventiste du septième jour. Or cette dernière interdisait le travail le jour du sabbat, soit le samedi, en contradiction avec ses engagements contractuels. Elle passa à temps partiel, les postes à temps plein nécessitant de travailler le samedi. Pour les autres postes, la salariée ne disposait pas des qualifications requises. Elle saisit alors les juridictions compétentes. La Cour définit alors la notion d'accommodement raisonnable comme celle qui « *consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant à moins que cela ne cause une contrainte excessive : en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs* ».

⁷³² Cf. les arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis : *Reid v. Memphis Publishing co.*, 468 F.2d 346 (6th. Cir. 1972) ; *Trans World Airlines Inc. V. Hardison*, 432 US 63 (1977).

⁷³³ Décision O'Malley préc.

⁷³⁴ Commission ontarienne des Droits de la Personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears, (1985), 2 R.C.S. 536., p. 551 et s.

⁷³⁵ P. Bosset, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », Introduction générale de l'ouvrage : « Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous », Yvon Blais, 2007, 20 p., p. 4. , Cf. http://www.cdpcj.qc.ca/publications/accommodements_fondements_juridiques.pdf.

⁷³⁶ 17 décembre 1985, *Bhinder c. CN*, [1985] 2 SCR 561, 1985 CANLII 19 (SCC), <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1985/1985canlii19/1985canlii19.html>.

⁷³⁷ [1992] 2 R.C.S. 970, 980 ; <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/910/index.do>.

⁷³⁸ [1994] 2 R.C.S. 525 ; <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/1155/index.do>.

Enfin, la Cour suprême opéra dans sa décision Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, dite « Meiorin » du 9 septembre 1999⁷³⁹ un revirement jurisprudentiel. Il s'agissait d'une pompière forestière en poste depuis trois ans, qui fut congédiée pour n'avoir pas réussi à satisfaire aux tests d'endurance physique. Les tests étaient identiques pour les hommes et les femmes. La Cour a considéré que les tests étaient un exemple de représentation masculine de l'emploi, et de fait, étaient subjectifs. Ils avaient été créés en observant un public de pompiers, essentiellement masculins. L'application de tests identiques entre hommes et femmes entraînent de facto une exclusion des femmes de ces emplois. « *Chaque personne doit être évaluée selon ses propres capacités personnelles, au lieu d'être jugée en fonction de présumées caractéristiques de groupe* »⁷⁴⁰. L'employeur doit dès le départ inclure dans sa réflexion, les éléments qui éviteront toute discrimination au regard d'un groupe, quel qu'il soit. Suite à cette décision qui a simplifiée la jurisprudence, il n'est plus nécessaire pour le juge de distinguer entre la discrimination directe ou indirecte, car les notions d'accommodements raisonnables et d'exigences requises pour l'emploi s'appliquent quelle que soit l'hypothèse. Il n'existe plus qu'un seul critère utilisable pour l'employeur, à savoir celui des aptitudes ou qualités requises par l'emploi. La notion d'accommodement raisonnable s'applique dans tous les cas. Enfin l'employeur doit rechercher dès la conception de la norme des mesures d'accommodements raisonnables, sans se limiter aux éventuelles demandes individuelles.

Toutefois, cette évolution jurisprudentielle n'a pas empêché le Québec de traverser de 2006 à 2008 une crise dite « *des accommodements raisonnables* ». Celle-ci a débuté en mars 2006 lorsque la Cour suprême du Canada⁷⁴¹ infirmait un jugement de la Cour d'appel du Québec et une décision d'une commission scolaire de Montréal⁷⁴² d'interdire le port du Kirpan, poignard dont le port fait l'objet d'une recommandation religieuse pour les sikhs⁷⁴³, dans les écoles à l'instar des armes blanches⁷⁴⁴. Il s'agissait d'un élève de 12 ans, de confession sikhe, qui souhaitait porter son couteau sur lui à l'école. Les juges ont considéré qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes d'une atteinte à la sécurité pour restreindre la liberté religieuse et que l'enfant n'avait jamais fait preuve d'un comportement agressif ou violent, qu'il n'y a jamais eu d'incident violent au Canada avec ce couteau et que le risque qu'un autre élève s'en empare est « *très mince* », et qu'enfin l'affirmation qu'il devrait être interdit car il symbolise la violence et « *envoie le message que le recours à la force est nécessaire pour faire valoir ses droits* » est irrespectueux à l'égard des sikhs. L'accommodement raisonnable consisterait à placer le poignard dans un fourreau cousu et caché sous les vêtements. Elle reconnaît que « *Le kirpan, présente incontestablement les caractéristiques d'une arme blanche, capable de blesser ou de*

⁷³⁹ Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3, 1999 CanLII 652 (CSC), cf. <http://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/1999/1999canlii652/1999canlii652.html>.

⁷⁴⁰ Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights), [1999] 3 R.C.S. 868, § 19.

⁷⁴¹ 2 mars 2006, Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois, 1 RCS 256, 2006 CSC 6, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/15/index.do>.

⁷⁴² La commission scolaire Marguerite-Bourgeois. Toutefois le port de couteau est autorisé dans d'autres écoles, en Ontario, Colombie-Britannique, et en Alberta. Pour un résumé de l'affaire : www.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2006/03/02/003-Kirpan-Coursup.shtml ; A. Pélouas, « Le poignard à l'école, mais pas ostensible », Le Monde, 4 mars 2006, http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2006/03/04/le-poignard-a-l-ecole-mais-pas-ostensible_747631_3222.html.

⁷⁴³ Il s'agit d'un poignard à double tranchant, remis aux sikhs orthodoxes au moment de leur baptême, et qui signifie que le porteur est prêt à défendre sa foi.

⁷⁴⁴ Plusieurs affaires avaient suivi notamment un débat sur l'ouverture de salles de classe pour la prière musulmane suite à une plainte déposée en 2003 auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, à l'encontre de l'École de technologie supérieure.

tuer une personne.». Toutefois, elle fait prévaloir sa dimension de symbole religieux. Son interdiction selon les juges, « *envoie aux élèves le message que certaines religions ne méritent pas la même protection que d'autres* ». Elle confirme d'ailleurs sa position par le postulat selon lequel « *Si des élèves considèrent injuste que G puisse porter son kirpan à l'école alors qu'on leur interdit d'avoir des couteaux en leur possession, il incombe aux écoles de remplir leur obligation d'inculquer à leurs élèves cette valeur qui est à la base même de notre démocratie* », cette valeur étant la tolérance religieuse.

Plus récemment, le débat passionné a repris au Québec autour du projet de loi pour l'adoption d'une charte de la laïcité en 2014 par le gouvernement de Pauline Marois. Ce projet a révélé au sein de ce pays francophone, très proche du modèle anglo-saxon et possédant un crucifix trônant à l'Assemblée, de réelles difficultés dans ce domaine pour trouver une position ne heurtant pas les diverses sensibilités⁷⁴⁵.

b. La jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis.

Aux Etats-Unis, le débat sur le port du voile se retrouve également. Une administration spécifique sur la thématique de la discrimination a été mise en place et prescrit des recommandations. Il s'agit de l'« *Equal Employment Opportunity Commission* » (EEOC)⁷⁴⁶ créée le 2 juillet 1965 en application de l'application du titre VII de l'Acte des Droits Civils de 1964. Ce texte interdit toute discrimination fondée sur la race, la couleur, la religion, le sexe et la nationalité d'origine. Les restrictions mentionnées dans le titre VII ne s'appliquent toutefois qu'aux entreprises de plus de quinze salariés. Les agents de l'Etat et du secteur public font l'objet d'une protection au regard du port des signes religieux par le biais de la Constitution des Etats-Unis, et plus particulièrement l'« *Establishment Clause* », qui consacre la séparation de l'église et de l'Etat et le libre exercice des religions mentionné dans le « *Free Exercise Clause* ».

Pour les employés du secteur privé, il n'existe aucune limitation constitutionnelle à la possibilité pour l'employeur de limiter le port de symbole religieux. Actuellement, une jurisprudence bien établie reposant sur la nécessité d'un accommodement raisonnable oblige l'employeur à tenir compte des croyances religieuses de ses salariés et à rechercher un accommodement raisonnable, un aménagement religieux⁷⁴⁷. Dès lors que ce dernier est disproportionné, l'employeur n'est pas obligé de l'adopter⁷⁴⁸. Jusqu'alors, la jurisprudence considérait que l'impact de cet aménagement pour l'entreprise, et plus particulièrement en matière de religion, devait être minimal⁷⁴⁹. La Cour suprême vient de rendre une décision sur ce thème⁷⁵⁰ précisant sa jurisprudence. Une mineure de 17 ans, qui portait un foulard pour motif religieux avait postulé comme vendeuse dans la société de prêt-à-porter Abercrombie, dont l'un des critères de recrutement était l'esthétique de ses vendeurs. Elle se présentera à l'entretien avec un foulard noir sans préciser qu'il s'agissait d'un signe religieux, et obtiendra une

⁷⁴⁵ C. Fourest, « Vers une charte de la laïcité au Québec », le Huffington post, 4 avril 2014.

⁷⁴⁶ <https://www.eeoc.gov/>.

⁷⁴⁷ « a religious accomodation ».

⁷⁴⁸ *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63, 74 (1977) ; *Rodriguez v. City of Chicago*, 156 F.3d 771 (7th Cir.1998) ; *Ryan v. United States Dep't of Justice*, 950 F.2d 458, 461-62 (7th Cir.1991) ; *Daniels v. City of Arlington*, 246 F.3d 500, 506 (5th Cir.2001) ; *Shelton v. University of Medicine & Dentistry, supra*, 223 F.3d at 222-23, 228.

⁷⁴⁹ Cf. M. Mercats-Bruns en ce sens ; *EEOC v. Southwestern Bell Tel. LP*, 2007 WL 2891379 (E.D. Ark. Oct. 3, 2007) ; « *De minimis cost* », directive de l'EEOC, Commission Guidelines, 29 C.F.R. § 1605.2(e)(1).

⁷⁵⁰ *Abercrombie & Fitch Stores Inc.*, 575 US_(2015), 1^{er} juin 2015, https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-86_p86b.pdf ; M. Mercat-Bruns, « La Cour suprême américaine face au code vestimentaire de l'entreprise », RDT. 2016, p. 117.

évaluation favorable pour être recrutée. Or, le code vestimentaire de l'entreprise interdisait les vêtements noirs et les casquettes non conformes au style vestimentaire du magasin, ce qui empêcha son recrutement définitif. Elle saisit alors l'EEOC, ce qui déboucha sur une action en discrimination religieuse à l'encontre de la société Abercrombie. La première question que devait résoudre la Cour suprême concernait « *la nécessité ou non d'informer l'employeur de l'aménagement requis lié à la pratique religieuse* »⁷⁵¹. La Cour d'appel fédérale avait d'ailleurs rejeté la position de la demanderesse au motif que celle-ci n'avait pas informé son employeur du lien entre le port du voile et ses croyances religieuses⁷⁵². La Cour suprême a affirmé que « *pour faire reconnaître la qualification de discrimination directe fondée sur la religion, une candidate au recrutement doit simplement montrer que le besoin d'aménagements raisonnables était un des facteurs motivant le refus de recrutement et elle n'a pas à montrer qu'elle a informé préalablement son employeur de la nécessité de cet aménagement en raison du voile* ». En résumé, peu importe le symbole en cause et sa valeur, ce qui compte, c'est la réaction de l'employeur face à cet élément.

La Cour suprême s'est aussi prononcée dans cette affaire sur la qualification de discrimination directe ou indirecte à donner pour la mise en place d'un code vestimentaire neutre. Pour le juge américain, il y a discrimination directe si l'employeur refuse d'embaucher un candidat en raison de sa religion⁷⁵³, et surtout, il condamne l'employeur qui refuse d'envisager un aménagement, dès lors que sa motivation repose sur un critère illicite comme la religion. Peu importe, que finalement, l'appartenance religieuse du salarié soit avérée ou non, qu'il s'agisse ou non d'une erreur de l'employeur. Seule la motivation de celui-ci est prise en compte. La mise en place d'un code vestimentaire neutre ne doit pas empêcher l'entreprise de procéder à la recherche d'un aménagement raisonnable.

Pour mémoire, le défenseur des droits en France a rendu une décision « *Abercrombie* » le 3 novembre 2014⁷⁵⁴ dans laquelle il formulait plusieurs recommandations à la société relative à ses pratiques de recrutement, avec un délai aboutissant au 24 mai 2015. La société a annoncé la modification de ses pratiques en France⁷⁵⁵ au mois d'avril 2015.

En conclusion, sur ce court aperçu de la jurisprudence nord-américaine dans son ensemble, il est possible de constater que la conception de départ anglo-saxonne repose non seulement sur le principe d'égalité, du multiculturalisme, mais surtout qu'il ne s'agit pas d'une égalité formelle qui est recherchée, mais d'une égalité réelle. L'opposition entre la jurisprudence canadienne « *Meiorin* » du 9 septembre 1999⁷⁵⁶ et la décision Sirdar du 26 octobre 1999⁷⁵⁷ de la CJUE est assez éloquente. Pour le juge américain ou canadien, il ne s'agit pas de traiter juridiquement les personnes de manière identique, mais bien de les placer éventuellement dans des situations différentes afin de préserver leurs caractéristiques spécifiques, notamment l'expression de leur foi, leurs caractéristiques physiques. Ce raisonnement reprend les préceptes défendus par Ch. Taylor dans sa défense du multiculturalisme, et des spécificités des individus⁷⁵⁸. Il y a une véritable différence de conception à l'origine des systèmes de lutte contre

⁷⁵¹ M. Mercats-Bruns, préc.

⁷⁵² 798 F. Supp. 2d 1272 (ND Okla. 2011).

⁷⁵³ M. Mercats-Bruns préc.

⁷⁵⁴ MLD-2014-147.

⁷⁵⁵ Actualité du Défenseur des droits, 29 avril 2015, « *Abercrombie & Fitch : grâce au Défenseur, la société annonce la fin des recrutements discriminatoires.* », <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/actualites/abercrombie-and-fitch-grace-au-defenseur-la-societe-annonce-la-fin-de-recrutements>.

⁷⁵⁶ Préc.

⁷⁵⁷ Préc.

⁷⁵⁸ Ch. Taylor, préc.

la discrimination en Europe et en Amérique du nord, même si la terminologie utilisée par la CEDH peut laisser envisager un éventuel rapprochement au travers notamment de la décision Eweida⁷⁵⁹. La Cour s'appuie sur la notion de juste équilibre entre le désir de Mme Eweida de manifester sa foi et le souhait de son employeur de véhiculer une image de marque. De même, l'Avocate générale Sharpston dans ses conclusions relatives à l'affaire Bougnaoui⁷⁶⁰ propose une démarche de recherche d'un « *aménagement pour que les deux (libertés) puissent coexister de manière harmonieuse et équilibrée* »⁷⁶¹, au travers du principe de respect de la proportionnalité, et de la recherche d'un juste équilibre. Ce dernier serait possible en proposant le port d'un foulard aux couleurs de l'uniforme, en faisant référence notamment à une proposition de la police nationale écossaise d'introduire un « *hijab* » dans l'uniforme pour les encourager à entrer dans la police⁷⁶². Cet « *aménagement raisonnable* »⁷⁶³ serait apprécié en fonction de la taille de l'entreprise. En revanche, l'Avocate générale Kokott évoque dans ses conclusions dans l'affaire Achbita⁷⁶⁴ la possibilité d'un aménagement raisonnable constituée par l'adoption avec un uniforme d'un foulard de couleur assortie⁷⁶⁵ pour en conclure à l'inadaptation de ce dispositif. Celui-ci constituerait déjà une entorse au principe de neutralité recherché par l'employeur. Un autre aménagement évoqué est celui de l'affectation de ces salariés face à des clients que cela ne gênerait pas ou dans des services sans contact avec la clientèle. L'Avocate en conclut que la recherche individuelle de solutions génèrerait une « *surcharge organisationnelle considérable* »⁷⁶⁶ alors que la nécessité d'aménagements raisonnables n'est imposée par les textes européens qu'en matière de handicaps⁷⁶⁷. Force est de constater dans l'attente des réponses aux questions préjudicielles posées, que l'aménagement raisonnable n'est pas prévu par les textes européens dans le cas de l'expression religieuse au sein de l'entreprise. Enfin, pour terminer ce court comparatif, dans un souci de simplification, le juge canadien a abandonné la distinction entre discrimination directe et indirecte, alors qu'elle fait toujours débat en Europe. Pour l'instant du moins, un code vestimentaire neutre n'est pas considéré en Europe comme une discrimination directe ou indirecte, contrairement à la position de la jurisprudence américaine.

C. La confrontation des droits.

Avant toute chose, il convient d'aborder la notion du signe religieux ou de manifestations extérieures de ses choix religieux. Qu'est-ce qu'un signe religieux et quelles sont ces manifestations ?

1. Le signe religieux

En pratique, il s'agit d'un objet, d'un vêtement, voire d'un tatouage, qui exprime à autrui son appartenance religieuse. Il peut s'agir d'un collier avec une croix, d'un turban, d'un poignard, d'un voile, une bague, etc⁷⁶⁸... Il faut noter que certains responsables religieux déconseillent le

⁷⁵⁹ 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume Uni, req. n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10

⁷⁶⁰ C-188/15 du 13 juillet 2016.

⁷⁶¹ § 119.

⁷⁶² Note 115 des conclusions préc.

⁷⁶³ § 125 des conclusions.

⁷⁶⁴ C-157/15, préc. du 31 mai 2016.

⁷⁶⁵ § 105.

⁷⁶⁶ § 110.

⁷⁶⁷ Article 5 de la directive n°2000/78.

⁷⁶⁸ Sur la notion de signes religieux et sa définition, Cf. P. Waquet et C. Wolmark, « Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? », RDT 2009, p. 485.

port de signes religieux si cela menace l'emploi ou l'insertion dans l'entreprise⁷⁶⁹. La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une « *manifestation* » au sens de l'article 9 de la Convention européenne doit avoir un lien étroit et direct avec la religion invoquée, et doit être établi dans chaque cas⁷⁷⁰. Pour comparaison, la Cour fédérale allemande, par exemple a considéré que « *Contrairement à la croix chrétienne, le foulard n'est pas en lui-même un symbole religieux* »⁷⁷¹. Elle estime que le foulard acquiert cette symbolique qu'en fonction du comportement de la personne.

Globalement, pour prendre de la hauteur face à ce phénomène, nous pouvons constater que les entreprises sont de plus en plus confrontées à des manifestations d'appartenance religieuse que ce soit vestimentaire, alimentaire, mais pas uniquement, notamment au travers du comportement des salariés à l'égard des femmes⁷⁷². Ainsi, la RATP est confrontée à des refus de salarié masculin « *de serrer la main de collègues féminines, ou le refus de prendre un bus qui a été conduit par une femme* »⁷⁷³. En décembre 2012, une vingtaine de conductrices de bus avaient dénoncé des discriminations à leur égard d'origine religieuse. Ces comportements peuvent d'ailleurs concerner des clients de l'entreprises, plus particulièrement des clientes, lorsqu'un salarié salue les clients masculins et non lorsqu'il s'agit d'une femme⁷⁷⁴. Pour le cas de la RATP, environ quarante cas par an sont signalés au sein de l'entreprise pour 45 000 agents⁷⁷⁵.

Concernant la société Air France, des comportements similaires ont été observés au sein du personnel au sol de l'aéroport de Roissy⁷⁷⁶, notamment des salariés masculins refusant d'obéir à des femmes pour des raisons religieuses. Au sein du personnel navigant, des salariés masculins ont refusé d'aller prendre leur pause dans des zones où il y a des femmes⁷⁷⁷. Au sein de la SNCF, des refus de serrer la main d'une femme ou de conduire une locomotive après une femme ont été signalés, à hauteur d'environ une dizaine de situations par an selon la direction⁷⁷⁸. Ces demandes peuvent aussi être liées à la nourriture mise à disposition des salariés. Ainsi, la SNCF a été saisie d'une demande portant sur un distributeur de sandwiches, pour que de la nourriture halal soit mise à disposition⁷⁷⁹, ce qu'elle a refusé, ou des demandes d'absences pour aller prier. Au sein d'une filiale de Suez Environnement, un repas d'agence avait été boycotté en raison de la provenance de la viande, celle-ci avait été achetée chez un boucher juif⁷⁸⁰. Dans d'autres cas, c'est la tenue des artistes du spectacle qui est remise en

⁷⁶⁹ Cf. A. Kbibech, président du Conseil français du culte musulman (CFCM), propos relaté par J. Grandin de l'Eprevier, « Quelle place pour le fait religieux en entreprise ? », Le monde.fr, 7 octobre 2015, propos tenus lors de la « Semaine de la diversité » organisée par la banque BNP en octobre 2015.

⁷⁷⁰ Cf. Skugar er autres (déc.) n° 40010/04, 3 décembre 2009 ; Arrowsmith c. Royaume-Uni, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, Décisions et Rapport 19, p. 5 ; C. c. Royaume-Uni, rapport de la Commission du 15 décembre 1983, Décisions et rapports 19, p. 5 ; Zaoui c. Suisse (déc.) n° 41615/98 du 18 janvier 2001 ; Aperçu de la jurisprudence de la Cour en matière de religion, Division de la recherche, p. 23.

⁷⁷¹ Arrêt de la seconde chambre du 24 septembre 2003, BvR 1436/02.

⁷⁷² Cf. notamment les exemples cités par D. Meyer, « Expressions religieuses, intérêt général et laïcité », Revue de Droit Canonique n° 63, 2013, p. 149.

⁷⁷³ Le Figaro, « Quand les salafistes font de l'entrisme à la RATP », E. Bastié, 19/11/2015 ; Cf dans le même sens, « La religion, sujet sensible dans les entreprises », A. Tonnelier, Le Monde, 25/11/2015 et « Matignon veut mieux détecter la radicalisation au travail », B. Bonnefous, N. Chapuis, et M. Noblecourt, Le Monde, 25/11/2015.

⁷⁷⁴ E. Bastié, préc.

⁷⁷⁵ E. Bastié, préc.

⁷⁷⁶ « Les tensions se multiplient aussi à Air France, à la SNCF, à la Poste... », C. Crouzel, Le Figaro, 20/11/2015.

⁷⁷⁷ C. Crouzel, préc.

⁷⁷⁸ C. Crouzel, préc.

⁷⁷⁹ C. Crouzel, préc.

⁷⁸⁰ C. Crouzel, préc.

cause ; la tenue de trapézistes apparaissant à certains trop dénudée. Au sein de la banque BNP, des cas de refus de serrer la main d'une femme ont aussi été signalés⁷⁸¹.

Enfin, selon l'enquête de l'Observatoire du fait religieux en entreprise du 21 avril 2015 réalisée auprès de 1296 salariés exerçant des fonctions d'encadrement mais pas uniquement⁷⁸², 50 % des cadres en 2015, ont rencontré le fait religieux soit de manière régulière, soit occasionnellement, ce qui représentait une légère augmentation par rapport à 2014. Toutefois, l'intensité a augmenté puisque désormais 23 % des cadres déclarent le rencontrer régulièrement contre 12 % en 2014. Seules 6 % de ces situations auraient été conflictuelles en 2015, contre 3 % en 2014 et 2 % en 2013, ce qui démontre comme le note le Professeur L. Honoré⁷⁸³, que très clairement « *les cas compliqués à résoudre, éventuellement conflictuels augmentent* ». La difficulté provient d'après les salariés interrogés, de trois causes principales :

- Les menaces d'accusation de racisme et de discrimination.
- La remise en cause de la légitimité de l'entreprise et/ou du manager à contraindre la pratique religieuse.
- Le refus de discuter.

Concernant les motifs de confrontation au fait religieux, le premier motif concerne les demandes d'absence pour les fêtes religieuses (19 %), le port ostentatoire de signes religieux (17 %) arrive en seconde position, ce dernier étant en augmentation par rapport à 2014. Parallèlement, la connaissance par les salariés des pratiques religieuses des collègues est en forte augmentation, puisqu'elle était de 6 % en 2013, 12,4 % en 2014 et 28 % en 2015. Cela confirme une augmentation du souhait de manifester son appartenance religieuse aux yeux d'autrui. Concernant les signes extérieurs religieux, seuls 42 % des salariés interrogés qui en portent hors travail, continuent à les porter en situation de travail. 81 % des salariés interrogés considèrent que la religion est un sujet de discussion qui a sa place entre collègue et 75 % estiment que le fait de prier pendant son temps de pause est admissible, dès lors que cela ne perturbe pas le travail, ne gêne pas les autres, n'enfreint pas les règles et s'effectue dans un endroit approprié. Pour 60 % des salariés interrogés, il est normal que l'entreprise demande à un salarié portant des signes religieux de les enlever s'il représente l'entreprise dans une situation commerciale ou dans une situation de communication interne ou externe. D'après cette étude, « *les comportements ayant une dimension religieuse sont admis s'ils ne s'imposent pas aux autres, s'ils ne s'imposent pas à l'entreprise et s'ils ne gênent pas la bonne réalisation du travail* ». De même, la majorité des personnes interrogées est opposée à l'idée que les processus de gestion et d'organisation du travail puissent institutionnaliser le fait religieux, notamment faire coïncider les horaires de pause avec celles des prières rituelles, tenir compte des calendriers religieux pour organiser le temps de travail annuel, ou mettre à disposition une salle réservée aux pratiques religieuses.

Les manifestations religieuses sont corrélées aux évolutions des pratiques religieuses au sein des différentes communautés. Selon un sondage Ifop⁷⁸⁴, 28 % des musulmans plébisciteraient le port du « niqab » et la stricte application de la charia, et ont « *adopté un système de valeurs clairement opposé aux valeurs de la République* ». 65 % des musulmans se déclarent favorables

⁷⁸¹ D'après M.-H. Zorn responsable des pratiques sociales et réglementaires France, citée par J. Grandin de l'Eprevier, «Quelle place pour le fait religieux en entreprise ? », le Monde.fr, 7 octobre 2015.

⁷⁸² « Le travail, l'entreprise et la question religieuse », étude commune réalisée par l'Institut Randstad et l'Observatoire du Fait Religieux en Entreprise (OFRE).

⁷⁸³ Professeur des Universités, Directeur du Département Droit-Economie-Gestion de l'Université de Polynésie Française et Directeur de l'Observatoire du Fait Religieux en Entreprise.

⁷⁸⁴ « Un islam français est possible », A. Négroni, « Musulmans de France : 28 % d' « ultras » », Le Figaro, 19 septembre 2016, p. 13.

au port du voile, mais la pratique sociale la plus répandue reste l'absence de celui-ci. En effet, 66% des femmes déclarent ne pas le porter et 57 % ne l'avoir jamais porté. C'est la consommation d'aliments « *halal* » qui devient un élément spécifique, puisque 70 % des personnes interrogées déclarent en acheter « *toujours* ».

En Europe, les convictions religieuses peuvent donner lieu à des manifestations plus inattendues. Ainsi, au Royaume-Uni, dans l'affaire R. (Williamson and Others) v. Secretary of State for Education and Employment⁷⁸⁵, les demandeurs contestaient l'interdiction faite par ce pays d'infliger des châtiments corporels aux enfants dans certaines circonstances, en tant que violation de leur droit à la liberté de manifester leurs convictions religieuses, énoncé à l'article 9 de la Convention CEDH. Leur demande ne fut pas accueillie par la juridiction anglaise. En résumé, c'est le port du voile qui occupe la majorité des cas de jurisprudence en France et en Europe. Nous assistons à une augmentation des demandes de salariés en entreprise sur ce point, parallèlement à ce que nous pouvons observer au sein de la société elle-même. L'entreprise n'échappe pas au phénomène.

2. Les cas spécifiques des services publics et des entreprises identitaires

Comme nous l'indiquions précédemment, la situation des agents du service public au regard du port de vêtements religieux revêt une très grande diversité en Europe, allant de l'interdiction totale en France et en Belgique à un principe d'autorisation en Allemagne, notamment pour les enseignants. Pour revenir en France, les salariés exerçant au sein d'un service public, y compris lorsque celui-ci est géré par des organismes de droit privé, et par des agents de droit privé, ceux-ci doivent respecter une stricte observance de neutralité au niveau religieux, même en l'absence de contact avec le public, en application du principe de laïcité⁷⁸⁶. La Cour européenne des droits de l'homme dans la décision Ebrahimian c./ France du 26 novembre 2015, réaffirme la conformité de cette position au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. En l'espèce, il s'agissait d'une assistante sociale recrutée en CDD au sein de la fonction publique hospitalière, dont le contrat ne fut pas renouvelé en raison du refus de l'intéressée de d'enlever son voile, alors qu'elle était en contact avec des patients. La Cour européenne a rappelé qu'en France, les agents de la fonction publique bénéficient du respect de leur liberté de conscience, interdisant toute discrimination dans le recrutement ou leur évolution professionnelle. En revanche, il leur est interdit de manifester celle-ci au regard du principe de neutralité des services publics, « *corollaire du principe d'égalité qui régit le fonctionnement de ces services et vise au respect de toutes les convictions* »⁷⁸⁷. La Cour d'ailleurs, confirme qu'il ne lui appartient pas d'apprécier le modèle français en tant que tel, et qu'il lui faut seulement vérifier que l'administration ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de conscience des agents publics, en application du principe de neutralité. Il est intéressant de noter que le juge ne fait pas ici référence à la vulnérabilité de la population à laquelle était confrontée l'assistante sociale, se distinguant ici de la décision Dahlab c. Suisse⁷⁸⁸ confirmant l'interdiction du port du voile pour une institutrice en raison notamment du public « *particulièrement influençable et sensible* ».

⁷⁸⁵ [2005] UKHL 15.

⁷⁸⁶ CE 31 janvier 1964, CAF de l'arrondissement de Lyon, le CE avait précisé l'application du principe de laïcité y compris au sein d'organismes privés gérant une activité de service public ; CE 31 mai 2000, Mlle Marteaux, le CE a rappelé l'interdiction pour tous les agents publics de manifester leur croyance par des signes spécifiques, y compris en l'absence de contact avec le public ; Cour de cassation, ch. sociale, arrêt n° 537 n° 12-11.690 du 19 mars 2013, CPAM de Seine-Saint-Denis.

⁷⁸⁷ CEDH, décision Ebrahimian c./ France du 26 novembre 2015, req. n°64846/11, §67.

⁷⁸⁸ CEDH, 15 févr. 2001, Dahlab c/ Suisse, n° 42393/98, JurisData n° 2001-174156.

Rappelons pour mémoire que l'article 1^{er} de notre Constitution définit notre République comme « *indivisible, laïque, démocratique et sociale* ». Il paraît nécessaire de revenir sur ce principe pour mieux en saisir l'essence, au vu des interprétations erronées dont il peut faire l'objet. Même si l'on peut trouver dans les grands principes énoncés par la Déclaration des Droits de 1789, les prémices du concept, celui-ci se retrouve dans la Constitution du 5 fructidor an III⁷⁸⁹, et les discussions furent déjà virulentes lors de la signature du Concordat entre le pape Pie VII et le premier consul Bonaparte⁷⁹⁰, puis tout au long du XIX^{ème} siècle. Ce principe n'est pas repris immédiatement par les textes constitutionnels, mais plusieurs lois vont aller dans ce sens, notamment la loi du 28 mars 1882 qui instaure non seulement l'école obligatoire, mais aussi la laïcité pour les enfants, filles et garçons de 6 à 13 ans⁷⁹¹, en supprimant l'enseignement religieux au profit d'une instruction civique, posant ainsi le principe de la neutralité de l'Etat dans ce domaine. Toutefois, un jour par semaine sera préservé en dehors du dimanche, pour permettre à ceux qui le souhaitent de recevoir un enseignement portant sur la religion⁷⁹². Puis fut adoptée la loi du 9 décembre 1905 de séparation de l'église de l'Etat, qui stipule notamment que la République « *garantit le libre exercice des cultes* » ainsi que la liberté de conscience⁷⁹³. Notre constitution dans son article 1, précise que la France est une République « *indivisible, laïque, démocratique et sociale* ». L'Etat adopte donc une position de neutralité à l'égard des religions exercées en France. Il reste dès lors à définir les contours, les limites que l'on doit assigner à l'expression de la foi, dans la sphère publique, tout en prenant conscience que cette évolution s'est faite à l'encontre de la religion catholique. Le développement du port de signes ostentatoires religieux par des musulmans, un siècle environ après la loi de 1905, après l'oubli des débats et circonstances difficiles relatives à celle-ci va rouvrir le débat. C'est au cours des années 1990 que le voile va susciter la controverse, en raison d'élèves se présentant à l'école en l'arborant. Plusieurs circulaires vont être adoptées en 1994 et 1998, puis une loi en 2004 relative aux signes religieux à l'école et un dernier texte en 2010 sur l'interdiction de masquer son visage sur la voie publique. Cette dernière loi fut adoptée en réaction à l'apparition de « *burqa* », voile intégrale du visage. Concernant les demandes de jours d'absence par des agents de l'Etat au nom des fêtes religieuses, il n'existe à ce jour aucun texte le prévoyant comme le

⁷⁸⁹ 22 août 1795, pour mettre un terme à la guerre civile. Lors de la Commune de Paris, le principe sera aussi repris par le gouvernement de Paris (3 mars au 28 mai 1871).

⁷⁹⁰ Rappelons pour mémoire qu'il définissait le catholicisme comme la religion de la grande majorité des français, que les prêtres et autres ecclésiastiques devaient prêter un serment de fidélité au gouvernement, qu'il conférait au gouvernement le pouvoir de nommer les évêques sous contrôle du pape, et enfin qu'il établissait le principe d'une rémunération par l'Etat des ecclésiastiques.

⁷⁹¹ En 1878, 600 000 enfants n'étaient pas scolarisés. Cette loi est dans la continuité de la loi du 16 juin 1881 instaurant la gratuité de l'école primaire publique, qui elle-même s'inscrivait dans la continuité de nombreuses lois sur la gratuité de l'instruction (loi Guizot de 1833, loi Falloux du 15 mars 1850, loi du 10 avril 1867 permettant la création d'une fiscalité finançant l'école pour les communes, Cf. « Les lois scolaires de Jules Ferry : Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement scolaire obligatoire », site du Sénat, archives: <http://www.senat.fr/evenement/archives/D42/1882.html>.

⁷⁹² Cf. « Les lois scolaires de Jules Ferry : Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement scolaire obligatoire », site du Sénat, archives: <http://www.senat.fr/evenement/archives/D42/1882.html>.

⁷⁹³ Rappelons là encore pour mémoire, que tant les débats précédents son adoption que sa mise en œuvre ont suscité de vives polémiques, voire des incidents violents quand des fonctionnaires viennent inventorier des biens des églises et que certaines congrégations religieuses sont littéralement expulsées par l'armée. Une circulaire du 20 mars 1906 et une loi du 28 mars 1907 laissant les églises à la disposition des fidèles et des prêtres pour l'exercice du culte viendront apaiser les tensions. Cf. notamment, T. Wieder, « La loi de 1905, histoire d'un débat qui n'en finit pas », Le monde, 1^{er} décembre 2005. De très nombreux ouvrages retracent cette gestation, dont notamment Y. Bruley, « 1905, la séparation des églises et de l'Etat, les textes fondateurs », éd. Perrin, 476 p. ; J. Grévy, « Le cléricalisme ? voilà l'ennemi ! Un siècle de guerre de religion en France », éd. A. Colin, 256 p. ; G. Haarscher « La laïcité », coll. « Que sais-je ? », puf., 128 p. ; J.-M. Mayeur, « La séparation des églises et de l'Etat », éd de L'atelier, 256 p. ; H. Pena-Ruiz, « Dictionnaire amoureux de la laïcité », éd. Plon, 850 pages.

notait déjà en 2004, le Conseil d'Etat dans son rapport public sur la laïcité⁷⁹⁴. En application de sa jurisprudence initiée par l'arrêt syndicat CFDT Santé sociale de la Seine Saint Denis du 12 mars 1982⁷⁹⁵ posant le principe selon il appartient au chef de service de fixer les règles en matière d'absence pour les agents publics, le Conseil d'Etat a indiqué dans sa décision Demoiselle Henny du 12 février 1997⁷⁹⁶ que cette règle s'appliquait aussi pour les absences liées à des fêtes ou événements religieux. Cette jurisprudence fut confirmée par une décision Ahmed B. du 16 février 2004⁷⁹⁷.

Face à une laïcité libérale instaurée par la loi de 1905, prônant la neutralité de l'Etat face à la religion, et dont l'article 2 interdit à l'Etat de financer le culte, se positionnent d'autres conceptions de la laïcité. J.Baubérot en dénombre six supplémentaires⁷⁹⁸ :

- une laïcité antireligieuse qui prône une lutte ouverte contre la religion, véritable danger social,
- une laïcité gallicane qui tolère la religion dès lors qu'elle reste sous le contrôle étroit de l'Etat et qu'elle n'apparaît pas dans l'espace public,
- une laïcité inclusive qui considère l'institution religieuse comme un acteur nécessaire au sein de la société et qui prône une meilleure prise en compte des préceptes religieux dans le fonctionnement de la société,
- une laïcité identitaire qui se réfère aux valeurs chrétiennes pour caractériser les valeurs françaises et entend limiter l'expression des autres religions,
- une laïcité ouverte défendue par les institutions religieuses, qui inclurait les préceptes religieux au sein de l'ordre social, en raison de son utilité sociale,
- une laïcité concordataire qui existe encore en Alsace et Moselle, héritage de son annexion par l'Allemagne en 1871.

Les lois notamment sur les signes religieux au sein des écoles se rattachent ainsi plutôt à une conception « gallicane » de la laïcité, limitant l'expression religieuse à la sphère privée. La crispation du débat public en France et en Europe sur le port du voile apparaît comme une curiosité vue de l'autre côté de l'Atlantique. Selon M. Behrent⁷⁹⁹, « *aux Etats-Unis cette question est perçue comme du racisme et l'affichage de signes religieux n'est pas un problème* », le débat outre atlantique s'est centré davantage autour de la prière.

Le Conseil constitutionnel dans une décision datée du 21 février 2013⁸⁰⁰ a donné une définition très précise de la laïcité. Celui-ci « *impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte* ». Il faut noter une différence avec la jurisprudence du Conseil d'Etat. Le Conseil constitutionnel estime que l'absence de reconnaissance des cultes fait partie intégrante de la laïcité⁸⁰¹.

⁷⁹⁴ Préc., 30 novembre 2003, p. 328.

⁷⁹⁵ Leb. p. 108.

⁷⁹⁶ Leb. p. 891.

⁷⁹⁷ JCPA 2004, n° 1357.

⁷⁹⁸ « Les sept Laïcités françaises », MSH, 2015.

⁷⁹⁹ Vu d'ailleurs, « Le débat sur la laïcité aux Etats-Unis concerne la prière, aucunement le voile », Sciences humaines, numéro spécial « La philosophie aujourd'hui », Mai 2015, p. 30. M. Behrent est historien et Professeur à la Appalachian State University (USA).

⁸⁰⁰ N° 2012-297 QPC.

⁸⁰¹ Voir le rapport du Conseil d'Etat, Rapport public, « Un siècle de laïcité », 30 novembre 2003, 2004, p. 266 et s.

D'autres pays démocratique développés à économie de marché, le sujet de la laïcité a produit des débats souvent passionnés. Pour résumer, il y a d'un côté les défenseurs d'un modèle multiculturel plutôt anglo-saxon⁸⁰², qui défendent l'appartenance à une communauté, une culture ou une religion comme un élément clef, pouvant mener à des demandes religieuses spécifiques, l'Etat devant alors s'adapter, face à aux défenseurs d'un modèle plus laïque, où l'Etat se doit de rester neutre et où la loi s'impose à tous sans distinction. A cet égard le débat passionné et passionnant qui a eu lieu au Québec autour du projet de loi pour l'adoption d'une charte de la laïcité en 2014, est révélateur des difficultés importantes de conciliation des visions dans ce domaine⁸⁰³.

Ce principe de laïcité s'applique à l'ensemble des services publics, y compris ceux gérés par les acteurs du secteur privé⁸⁰⁴. Ils doivent assurer la liberté et l'égalité entre les cultes, la neutralité à l'égard de ceux-ci, et bien sûr, il est interdit d'avoir un salarié consacré au culte, à l'exception de l'Alsace-Moselle⁸⁰⁵. Concrètement, les salariés ne doivent donc ne manifester aucun signe d'appartenance religieuse⁸⁰⁶. La chambre sociale de la Cour de cassation a repris cette jurisprudence émanant du Conseil d'Etat, notamment pour une salariée portant le voile, au sein d'une Caisse primaire d'assurance maladie⁸⁰⁷. Elle précise d'ailleurs qu'il importe peu que la salariée soit ou non au contact avec le public. Il s'agit là d'une différence fondamentale avec le traitement réservé aux salariés du secteur privé, ne gérant pas de missions de service public.

Concernant le cas des entreprises identitaires ou de tendance⁸⁰⁸, elle permet de contraindre les salariés à une apparence, un comportement conforme avec l'objet de l'entreprise, sans toutefois aller jusqu'à l'adhésion pure et simple à la philosophie de l'entreprise⁸⁰⁹. Pour mémoire, il nous faut rappeler l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 19 mai 1978, Dame Roy, par lequel la haute juridiction a confirmé qu'il était possible d'intégrer dans un contrat de travail la discipline religieuse, dans cette affaire se déroulant au sein de l'enseignement catholique. La directive européenne n°2000/78/CE du 27 novembre 2000, dans son article 2, précise d'ailleurs que ces organisations peuvent « *de requérir des personnes travaillant pour elles, une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique et l'organisation* ». En outre, cet article précise qu'une « *différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne ne constitue pas une discrimination [...] lorsque la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation* ».

La Cour européenne des droits de l'homme, dans deux décisions rendues le 23 septembre 2010, a consacré la possibilité de licencier des salariés d'entreprises dites identitaires, dès lors que

⁸⁰² C. Taylor, « Multiculturalisme : différence et démocratie », Editions Flammarion, 2009, 139 p.

⁸⁰³ C. Fourest, « Vers une charte de la laïcité au Québec », le Huffington post, 4 avril 2014.

⁸⁰⁴ CE 31 janvier 1964, Caisse d'allocations familiales de Lyon, Rec. p. 76.

⁸⁰⁵ Cf. Cons. const. 21 février 2013, n° 2012-297, QPC ; R. Schwartz, « La laïcité paradoxalement consacrée », Semaine Sociale Lamy, 2013, n° 1577.

⁸⁰⁶ Cf. CE, section, 3 mai 1950, Dlle Jamet, Rec. P. 247 ; CE, avis du 3 mai 2000, n° 217.017, Dlle Marteaux, Rec. p. 69.

⁸⁰⁷ Cass. soc. 19 mars 2013, n° 12-11.690, Bull. V. n° 76, à propos d'une technicienne « prestations maladie » licenciée en raison du port du foulard.

⁸⁰⁸ Elles sont définies par M. Ph. Waquet comme des « *entreprises de tendance sont essentiellement des associations, des syndicats ou des groupements (parties politiques, églises ou autres groupes à caractère religieux) dans lesquels une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique sont expressément prônées. Autrement dit, l'objet essentiel de l'activité de ces entreprises est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique* ». Ph. Waquet, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », GP 1996, p. 1427

⁸⁰⁹ V. en ce sens M. Morand, Religion et laïcité dans l'entreprise, Semaine sociale Lamy, 2013, 1611 supplément.

leur comportement, notamment au cours de leur vie privée, en l'occurrence un adultère, étaient contraires à l'éthique religieuse de leur employeur⁸¹⁰. La Cour impose cependant au juge national un contrôle approfondi de la décision de l'employeur, et non « *un contrôle judiciaire restreint, (...), sans que soit prise en compte la nature du poste de l'intéressé et sans qu'il soit procédé à une mise en balance effective des intérêts en jeu à l'aune du principe de proportionnalité.* »⁸¹¹

Le port d'insignes religieux contraires à la philosophie de l'entreprise, pourrait ainsi être caractérisé comme une faute, justifiant la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur. Il existe une interrogation sur la notion d'entreprises de tendance, car la directive du 27 novembre 2000 exige du législateur l'adoption d'une clause de « *standstill* » pour la reconnaissance de celles-ci. Toutefois, la jurisprudence de la Cour européenne ne fait pas référence à cet élément, semblant le laisser de côté. Il faut enfin remarquer ici que la notion de laïcité est parfois employé dans un sens « *liberticide* » en quelque sorte, qui n'est pas le sien à l'origine, dans la mesure où justement, il s'agit de garantir la liberté de pratiques religieuses quelles qu'elles soient.

3. Les entreprises non spécifiques

L'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de ses salariés au nom du principe de la liberté religieuse, ce qui induit le port de signes religieux. Il faut différencier la liberté de conscience de la liberté d'exprimer son appartenance religieuse ainsi que nous l'avons énoncé. Les juges du fond, essentiellement, autorisaient l'employeur à interdire le port d'un signe religieux pour des raisons objectives, étrangères à toutes discriminations, en raison de relation avec la clientèle⁸¹², et ce pour véhiculer, protéger, éviter tout brouillage de l'image de marque. La possibilité pour l'employeur d'interdire le port de vêtements à connotation religieuse, notamment du foulard pour les métiers donnant lieu à un contact avec la clientèle a été confirmée à de nombreuses reprises par les juges du fond, dès lors que l'employeur, lors du recrutement, n'était pas informé de cet état. Il faut noter qu'il s'agit majoritairement de décisions des juges du fond, et non de la Cour de cassation.

Dans une décision du 9 septembre 1997, la Cour d'appel de St Denis de la Réunion⁸¹³ a confirmé la validité du licenciement d'une vendeuse employée au sein d'un magasin de vêtements féminins, celle-ci refusant d'abandonner le voile qui la recouvrait de la tête aux pieds. Confirmant la décision du Conseil des Prud'hommes, les juges du fond avaient relevé que cette tenue ne correspondait pas à « *l'esprit mode de l'enseigne* » et aux attentes d'une clientèle éprise de nouveautés. La Cour d'appel pose le principe que l'employeur est le « *seul apte à juger de l'apparence de ses salariés en contact avec la clientèle dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs* ».

Plus récemment, dans une affaire du 16 mars 2001⁸¹⁴ la Cour d'appel de Paris a examiné le comportement d'une vendeuse, employée dans une boutique située au sein d'un centre commercial dans le quartier de la Défense, celle-ci avait modifié sa tenue vestimentaire. Alors que son employeur l'avait autorisée à porter un foulard noué en bonnet en conformité avec ses

⁸¹⁰ CEDH, 5^{ème} section, 23 septembre 2010, n° 1620/03, Obst c. Allemagne 1^{ère} esp., req. n° 425/03 et Schüth c. Allemagne 2nd esp. req. n° 1620/03 ; note J. Couard, Rev. Trav. 2011.45.

⁸¹¹ CEDH Schüth c. Allemagne, 5^{ème} section, 23 septembre 2010, n° 1620/03 préc.

⁸¹² CA Paris, 19 06 2003 n° 03 30212, RJS 10/03 n°1116 ; CA Paris 16 03 2001, n°99-31302, RJS 11/01 n°1252.

⁸¹³ D. 1998, jurisp. 546, note S. Farnocchia ; RTD civ. 1999, p. 62, obs. Hauser.

⁸¹⁴ CA Paris, 16 mars 2001, JSL, 18 octobre 2001, n° 88-6 ; RJS 2001, n° 1252.

exigences religieuses, cette dernière s'est mise à porter un foulard couvrant non seulement le cou mais aussi une partie du visage. Son employeur, de même confession religieuse que la salariée, l'ayant par ailleurs autorisée à prendre un congé spécial hors période légale pour qu'elle se rende à la Mecque, lui a demandé de retirer ce foulard, ce qu'elle a refusé. Il faut noter que le règlement intérieur ne prévoyait rien de spécifique à ce sujet, qu'il ne citait que le port de blouse, de badges ou vêtements de travail fournis par l'employeur, mais imposait aux salariés une tenue uniforme. La Cour d'appel énonce dans cette affaire le principe selon lequel « *l'employeur est seul apte à juger de l'apparence d'une vendeuse en contact avec la clientèle dès lors que son exigence s'exerce dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs et est fondée sur une cause objective liée à l'intérêt de l'entreprise* ». La Cour rappelle que ce centre commercial recevant un public très divers, impose « *à ceux qui y travaillent la neutralité ou à défaut la discrétion dans l'expression des options personnelles* ; »⁸¹⁵. Enfin, elle précise que l'employeur avait autorisé la salariée à porter une coiffe conforme aux exigences de sa religion, que la mesure prise est ici proportionnée à l'objectif de l'intérêt de l'entreprise, dès lors que les salariés sont en contact avec la clientèle dans un lieu largement ouvert au public de convictions variées. La réaffirmation du principe selon lequel l'employeur, et donc le juge, sont seuls aptes à apprécier la tenue d'une salariée en contact avec la clientèle est ici sans ambiguïté.

En revanche, même en présence de contact avec la clientèle, les exigences de l'employeur sont examinées différemment si la salariée a été recrutée déjà pourvue de signes religieux. Ainsi le 19 juin 2003⁸¹⁶, la Cour d'appel de Paris a dû statuer sur la demande de nullité du licenciement d'une téléopératrice qui avait été recrutée, habillée d'un voile, de modifier sa tenue vestimentaire au motif qu'elle pouvait être vue par des clients en raison d'un changement d'affectation. Elle refusera. L'employeur lui proposera alors une solution intermédiaire, à savoir que son foulard pouvait cacher les cheveux. Au bout d'un an, elle sera mutée au siège et se verra demander de découvrir, les oreilles, le cou et la moitié du front en nouant le foulard sur la tête, ce que la salariée refusera à nouveau. L'employeur procédera alors à son licenciement. La Cour d'appel de Paris confirmera la décision du Conseil des Prud'hommes, relevant le caractère discriminatoire de la lettre de licenciement. Il est évident que si l'employeur avait accepté le port du voile lors de l'embauche, puis sur un site où il existait déjà un contact avec la clientèle, le changement de site de celle-ci ne justifiait en rien la position de l'employeur, celle-ci devenait insoutenable.

Dans la décision Baby-loup, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans une décision du 19 mars 2013, après de multiples rebondissements et de très nombreux commentaires⁸¹⁷ a

⁸¹⁵ On perçoit ici une référence au principe de laïcité gallicane, où la liberté de conscience et de manifestation de la foi sont acceptées mais sans empiètement sur l'espace public ; cf. J. Baubérot, *Les Sept Laïcités française*, MSH 2015, préc.

⁸¹⁶ CA Paris, 19 juin 2003, 18^e ch., sect. C, n° 03-30212, obs. M.-C. Haller, *Jurisprudence Sociale Lamy* 2003 131.

⁸¹⁷ N° 11-28.845 RJS 5/13 n° 346 ; *Semaine Sociale Lamy* 2013, n° 1611 supplément, « Le port de signes religieux dans l'entreprise : au-delà de Baby-Loup » ; *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1572, « L'affaire Baby Loup à la Cour de cassation, Impressions d'audience », 18/02/2013 ; *Semaine Sociale Lamy* 2013, n° 1599 Supplément, « L'arrêt Baby Loup en 6 leçons », 30/09/2013 ; *Semaine sociale Lamy*, n° 1577, « L'arrêt Baby Loup en 6 leçons », 25/03/2013 ; « Affaire Baby Loup, l'admission du principe de neutralité dans les entreprises privées « ordinaires » », J. Brunie, *Revue Juridique de l'Ouest* n° 1 ; « Baby-Loup, suite : Le contrôle de la restriction, par l'employeur, de la liberté religieuse dans l'entreprise privé », J.-F. Akandji-Kombé, *Droit ouvrier* n° 782 ; « Baby Loup, la laïcité encadré », D. Chenu, et K. Pfeifer-Chomiczewska, *Revue Juridique Personnes et Famille*, 2013, n° 7 ; « Laïcité et liberté religieuse public-privé : l'égalité introuvable ? », H. Peschaud, *Les Petites Affiches*, 26/06/2013 ; « La liberté religieuse du salarié », J. Colonna et V. Renaux-Personnic, *La Gazette du Palais*, 7/06/2013 ; « Liberté, laïcité, « Baby Loup » : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie actuelle », E. Dockès, *Droit social*, 9/05/2013 ; N. Moizard et F. Champeaux, « Une atteinte à la liberté religieuse », *Semaine Sociale Lamy*, 5/12/2013, n° 1609, p. 11.

admis la validité du licenciement d'une directrice adjointe d'une crèche, qui avait décidé de porter un voile, contrairement aux dispositions du règlement intérieur, en raison de l'éventualité du contact avec les personnes bénéficiant des services de la crèche.

Dans une décision du 18 avril 2013⁸¹⁸ qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi en cassation et d'une question auprès de la CJUE, la Cour d'appel de Paris a confirmé le licenciement d'une salariée, ingénieur d'étude déléguée auprès de la société Groupama, qui a décidé d'arborer un voile, malgré les protestations de ses supérieures hiérarchiques et de la société Groupama, cliente de l'employeur. Il faut préciser que cette salariée avait été informée lors de son embauche, de cette obligation de neutralité vestimentaire en présence de clients. Son entreprise lui a alors proposé de retirer le voile uniquement en présence de clients, proposition qu'elle a déclinée. La Cour a considéré que les exigences de l'employeur étaient proportionnées, « *puisque seulement limitée aux contacts avec la clientèle* ». Elle a de même constaté que cette mesure était justifiée par les intérêts de l'entreprise, qu'elle devait tenir compte « *de la diversité des clients et de leurs convictions* », et que la liberté religieuse conférée à cette salariée « *empiétait sur les sensibilités de ses clients et donc sur les droits d'autrui* ». La rédaction de cette décision reprend une justification évoquée par P. Waquet et C. Wolmark, à savoir « *le respect des autres travailleurs* »⁸¹⁹. Comme le faisaient remarquer ces auteurs, un salarié peut « *se sentir quelque peu étouffé* » par la présence importante autour de lui de signes religieux ostentatoires. Elle évoque aussi la préservation du « *vivre ensemble* » à laquelle faisait référence la Cour européenne des droits de l'homme au regard des dispositions de la loi du 11 avril 2011 sur l'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public⁸²⁰.

Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi en cassation et d'une question préjudicielle posée à la CJUE⁸²¹ sur le point de savoir si l'exigence d'un client de ne plus travailler avec une salariée portant un foulard, pouvait être assimilé à une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Il est intéressant de constater que la chambre sociale de la Cour de cassation se place ici sous l'angle de la discrimination. Comme nous l'évoquions précédemment, une question similaire est posée à la CJUE dans le cadre de l'affaire belge Achbita⁸²². Il s'agit d'une entreprise fournissant des services de sécurité, au sein de laquelle a été mis en place un code vestimentaire neutre. Une salariée a refusé d'enlever son voile et fut licenciée. Lors de son embauche, cette salariée, déjà musulmane, ne le portait pas.

⁸¹⁸ CA Paris, Pole 6, ch. 11, n° 11/05892.

⁸¹⁹ « Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? », Ph. Waquet, C. Wolmark, RDT, 2009, p. 485.

⁸²⁰ CEDH, SAS c. France, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11.

⁸²¹ Cass. soc. 9 avril 2015 n° 13-19.855 ; J. Colonna, V. Renaux-Personnic, « Le foulard islamique dans l'entreprise : acte III », La Gazette du Palais, 15/07/2015, p. 32 ; C. Wolmark, « Le foulard dans l'entreprise. La CJUE invitée dans le débat », Dr. Soc. Juillet 2015, n° 7-8, p. 648-649 ; B. Aldigé, « Port du voile islamique par une salariée : prise en compte des souhaits de la clientèle ? », JCP S 2015, n° 25, p. 25 ; B. Bossu, « Discrimination- Le voile islamique et la clientèle de l'entreprise », JCP S 2015 n° 25, p. 26 ; F. Cassereau, « La laïcité en entreprise : les vicissitudes du juge et du législateur », Gaz. Pal. 2015, n° 144, p. 8 ; M. Miné, « Liberté d'expression religieuse versus loi du marché », RDT, 2015, n°6, p. 405 ; Observ. RJS 2015, n°6, p. 386 ; H. Tissandier, « Liberté individuelles-Port du voile : la Chambre sociale botte en touche », RJS 2015, n° 388, p. 9 ; J. Mouly, « Le voile dans l'entreprise : nouveaux rebondissements sous l'angle de la discrimination », Rec. Dalloz 2015, n° 19, p. 1132 ; B. Aldigé, « Port du voile islamique par une salariée : prise en compte des souhaits de la clientèle ? », JCP G éd. Générale, 2015, n° 21, p. 986 ; J. Icard, « Renvoi préjudiciel à la CJUE sur l'interdiction individuelle du voile en entreprise décidée par l'employeur à la demande des clients », Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 2015, n° 274, p. 261 ; C. Willmann, « Neutralité dans l'expression de ses convictions religieuses : la qualification d'"exigence professionnelle essentielle et déterminante" en débat », Lexbase hebdo-Edition Sociale, 2015, n° 610 ; F. Champeaux, « Chambre sociale cherche CJUE désespérément », Semaine sociale Lamy 2015, n° 1672, p. 5.

⁸²² Samira Achbita Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding
Contre G4S Secure Solutions NV, C-157/15.

Enfin, une décision isolée du Conseil des prud'hommes de Lyon du 18 septembre 2014⁸²³ a été rendue en départage, abordant le port du voile par une hôtesse de caisse, souhaitant reprendre son poste en portant un foulard, après une longue absence. En l'espèce, le règlement intérieur du magasin dans son article 18, interdisait au personnel en contact avec le public, tout signe manifestement ostentatoire à caractère politique, syndical ou religieux. La salariée s'obstina et fut licenciée pour faute. Le Conseil a rejeté le motif de discrimination, mais considèrera le licenciement sans cause réelle et sérieuse, estimant la mesure ni justifiée, ni proportionnée au but recherché. Il écartera les éléments produits par l'employeur, notamment des sondages auprès des français démontrant la connotation négative qu'ils attribuent aux vêtements démontrant une appartenance religieuse, notamment musulmane, l'entreprise ne démontrait pas le risque financier qu'elle encourait.

Bien évidemment, des règles d'hygiène et de sécurité permettent à l'employeur de demander à une salariée de porter une tenue adéquate et d'enlever le voile. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles, dans une décision du 23 novembre 2006 a confirmé le licenciement pour cause réelle et sérieuse d'une technicienne de laboratoire, celle-ci ayant refusé de retirer son voile. L'employeur lui avait demandé de le retirer en s'appuyant notamment sur des directives relatives à l'hygiène et à la sécurité.

En conclusion sur ce point, la jurisprudence accepte, pour l'instant, l'interdiction des signes religieux pour les salariés en contact avec la clientèle. Cela consacre en quelque sorte la prédominance de l'intérêt économique, de l'attention portée au client sur une liberté fondamentale du salarié. Mais il est nécessaire d'attendre les réponses aux différentes questions préjudicielles pour connaître une éventuelle modification de la jurisprudence.

4. La demande du client, cause légitime d'atteinte à la liberté religieuse au sein de l'entreprise ?

L'entreprise agit toujours dans un objectif de séduction de la clientèle, de ses prospects. L'employeur ne souhaite pas laisser croire à ses clients qu'il cautionne les opinions politiques ou religieuses de ses salariés, même s'il ne peut empêcher ceux-ci de s'exprimer. L'entreprise peut répondre à une forme de demande en réalité parfois purement imaginaire, ou simplement implicite, ou totalement explicite de la clientèle. Toutefois, il ne faudrait pas que sous prétexte de demander l'adoption d'un code vestimentaire neutre, le client pratique en réalité une discrimination par exemple fondée sur le sexe ou sur l'origine ethnique. Il faut remarquer qu'en pratique, les affaires concernent des salariées embauchées, qui au bout de quelques mois ou de quelques années ont décidé non pas de se convertir, mais bien d'afficher de façon ostensible leur religion. Cela démontre qu'il n'y avait ni discrimination religieuse, ni sexisme à l'embauche.

La demande implicite de la clientèle, fondée sur un stéréotype est d'ailleurs la raison dans l'affaire Feryn⁸²⁴, invoquée par l'employeur pour justifier le fait qu'il n'emploie pas de mains d'œuvre étrangère, plus particulièrement marocaine. Il précise qu'il doit répondre aux exigences de ses clients, qu'il n'est pas responsable des stéréotypes existants en Belgique, et que s'il ne se conforme pas aux souhaits de ses clients, il en viendra « à mettre la clef sous la

⁸²³ N13/00187, M^{me} X. et Association ARCAD c/ Carrefour Hypermarché France SAS ; Gaz. Pal. 11/01/2015, note J. Colonna et V. Renaux-Personnic.

⁸²⁴ CJUE, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre Firma Feryn NV, 10 juillet 2008, C-54/07.

porte »⁸²⁵. L'employeur avait d'ailleurs reconnu lui-même que ce n'étaient pas spécifiquement « *les immigrés qui cambriolent* ». L'Avocat général Poiares Maduro, dans ses conclusions déposées le 12 mars 2008, considérait d'une part que l'argument tiré de l'exigence des clients ne présentait aucune pertinence au regard de la directive 2000/43⁸²⁶, l'écartant ainsi les cas d'exemptions de discrimination prévus par ce texte. D'autre part, il précisait que même si ce stéréotype était avéré, cela démontrerait simplement que le marché ne corrige pas naturellement la discrimination, et qu'une réglementation européenne est nécessaire. Elle serait d'autant plus justifiée qu'elle éviterait des distorsions de concurrence entre entreprises⁸²⁷. La Cour retiendra la discrimination sans se prononcer sur le motif évoqué par son Avocat général. Ce dernier prend ici l'exact contrepied de la vision libérale sur le fonctionnement du marché et de la lutte contre les discriminations défendue par M. Friedman⁸²⁸. Mme l'Avocate générale Sharpston dans ses conclusions déposées le 13 juillet 2016⁸²⁹ conteste elle aussi le bien-fondé de l'argument reposant sur la demande du client, dès lors que celle-ci révèle un préjugé fondé sur un critère prohibé par la réglementation. Elle précise d'ailleurs que la directive n° 2000/78 « *ne prévoit pas que le travailleur puisse perdre son emploi pour améliorer les profits de l'employeur* »⁸³⁰, celui-ci refusant de satisfaire la demande d'un client.

Enfin, il y a l'hypothèse où le client va exprimer clairement son souhait de ne pas être en contact avec des salariés exprimant de façon vestimentaire leur foi. La question est d'autant intéressante qu'elle met en confrontation des signes religieux, que le salarié peut matériellement abandonner à l'entrée de l'entreprise, mais qu'il considère comme devant absolument porter et la nécessité absolue pour l'entreprise d'avoir des clients. En l'absence de clientèle, l'entreprise disparaît littéralement. Toutefois si l'on considère que la personne se définit en tant que telle notamment au regard de sa religion, qui lui commande d'arborer certains symboles ce que l'individu estime impératif, peut-on laisser aux clients le pouvoir de contraindre le salarié en contact avec lui à changer de comportement, de revenir sur son identité profonde, ou demander à l'entreprise de changer d'interlocuteur ? Il n'y a pas réellement de discussion si l'on considère que l'entreprise est un outil destiné à la production de biens ou de services afin d'être vendus sur le marché à des prix couvrant au moins les coûts de production. Dans ce cas, l'objectif des salariés ne peut être que de concourir à cette fonction essentielle. S'ils souhaitent manifester ostensiblement leurs opinions politiques, religieuses au regard des clients et que cela va à l'encontre de l'objectif même, de la finalité de l'entreprise, à l'encontre du principe de loyauté, en générant un risque de disparition de l'entreprise, il appartient au salarié et à l'employeur d'en tirer les conséquences. Des solutions diverses existent, notamment la renonciation par le salarié à sa liberté d'expression ostensible de ses opinions lors du contact avec la clientèle. Il ne s'agit pas de le priver de celle-ci, mais bien de la restreindre uniquement lors du contact avec la clientèle. Les autres possibilités sont une proposition de poste sans contact avec celle-ci et enfin la rupture de la relation contractuelle en dernier ressort. La question est d'autant plus simple, si le salarié est informé dès son intégration dans l'entreprise, que la politique de celle-ci est de limiter le risque de pertes de clientèle pour des motifs liés à l'expression ostensible d'opinions politiques ou religieuses. En revanche, si l'on considère que l'entreprise n'est pas uniquement un outil de production, mais une organisation humaine et que dès lors la primauté ne doit pas être donnée spécifiquement au client, car la fonction essentielle n'est pas de vendre à tout prix, mais de

⁸²⁵ § 18 de la décision.

⁸²⁶ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

⁸²⁷ § 18 de ses conclusions.

⁸²⁸ M. Friedman, préc., p. 173.

⁸²⁹ Asma Bougnaoui Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contre Micropole SA, C-188/15.

⁸³⁰ § 133 des conclusions.

donner une importance équivalente aux salariés par rapport aux clients, la solution s'inverse. En effet, il ne convient plus de demander à un salarié de renoncer à son identité face à une demande d'un client dans un contexte uniquement économique. L'importance de la relation économique s'efface devant les caractéristiques de la personne et notamment son identité. La reconnaissance du caractère fondamental de la liberté religieuse fait ployer irrémédiablement la liberté d'entreprendre, prise sous l'aspect de la relation avec le client.

Quelle que soit l'hypothèse retenue, il s'agit de la situation rencontrée dans l'affaire Bougnaoui⁸³¹. Le client de l'employeur de Mme Bougnaoui, auprès duquel elle était déléguée, avait signalé que le port du voile qu'elle arborait, avait gêné certains collaborateurs, et avaient demandé à ce qu'elle se présente sans voile. Mme Bougnaoui avait été prévenue lors de son embauche, que lorsqu'il y avait contact avec la clientèle, elle ne devrait plus porter ce symbole religieux, pour des raisons de discrétion quant à l'expression des opinions personnelles des salariés. Mme Bougnaoui, refusa la demande de son employeur et fut donc licenciée. L'affaire parvint jusqu'à la Cour de cassation, après un arrêt de Cour d'appel de Paris du 18 avril 2013⁸³² favorable à l'employeur. La chambre sociale de la Cour de cassation saisit cette opportunité pour déposer une question préjudicielle auprès de la CJUE sur ce thème⁸³³. Pour mémoire, le juge français considère que la demande d'un client peut justifier le licenciement d'un salarié⁸³⁴ dès lors que son reclassement est impossible. La question posée est celle de savoir si la demande du client de retirer un voile, constitue-t-elle une exigence professionnelle essentielle et déterminante, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, au sens de l'article 4 § 1 de la directive n° 78/2000/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ?

Nous retrouverons ici une première difficulté inhérente à la qualification juridique de discrimination directe ou indirecte de cette situation. Si la demande du client ne vise qu'une religion, la religion musulmane par exemple, il s'agit bien d'une discrimination directe en rapport avec l'expression religieuse. En revanche, si le client ne s'attache pas à une religion, mais plutôt aux signes religieux ostentatoires, tel que le voile, il s'agit ici d'une discrimination indirecte ainsi que nous l'avons évoqué précédemment lors de notre analyse de la jurisprudence de la CJUE. La conséquence se situe sur les exceptions possibles à la caractérisation de la discrimination.

Qu'il s'agisse d'une discrimination directe ou indirecte, l'article 4 de la directive n° 2000/78 prévoit une dérogation « *en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ».

⁸³¹ Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contre Micropole SA, C-188/15 préc.

⁸³² Ca Paris, Pole 6, ch. 11, n° 11/05892.

⁸³³ 9 avril 2015, M^{me} X. et l'Association de Défense des droits de l'homme (ADDH) c/ Société Micropole Univers, pourvoi n° 13-19.855 ; D. 2015, p. 1132, note J. Mouly ; « Le foulard dans l'entreprise – La CJUE invitée dans le débat », C. Wolmark, Dr. soc. 2015, p. 648.

⁸³⁴ Cf. infra, partie 1, chapitre 1, section 2, I. Par exemple, Cass. soc., 3 décembre 2002, la chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi d'un salarié, commercial itinérant, licencié pour faute grave. Ce dernier avait volé un objet d'une valeur de 21,60 F (3,30 euros), hors temps de travail dans une entreprise située sur son secteur de prospection. La société, victime du vol, a opposé son refus de travailler avec ce salarié dans ses 56 magasins. Malgré le fait que les deux magasins concernés dans son secteur pouvaient être visités par d'autres représentants et qu'ils ne représentaient que 5 % du CA du secteur, la Cour de cassation a confirmé la position de la Cour d'appel et le licenciement pour faute grave.

Comme énoncée précédemment, la Cour estime que ce n'est non pas « *le motif sur lequel est fondée la différence de traitement, mais une caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante* »⁸³⁵. Cette notion fut précisée au travers de la jurisprudence sur l'âge. Pour exemple, une discrimination liée à l'âge pour les pompiers, se justifiait par la nécessité de disposer de capacités physiques importantes au regard du caractère physique de leurs activités de secours,⁸³⁶. Une position identique fut adoptée pour les pilotes de ligne⁸³⁷ au regard de l'altération des capacités physiques et de leurs éventuelles conséquences. La même solution fut retenue pour les agents des forces de l'ordre⁸³⁸. La décision Sirdar du 26 octobre 1999⁸³⁹ confirma le bien-fondé d'une décision de rejet d'une candidature féminine pour être intégrée au sein des commandos britanniques « *en raison de la nature et des conditions de l'exercice des activités en cause.* »⁸⁴⁰. La Cour confirma cette interprétation dans la décision Kreil du 11 janvier 2000⁸⁴¹ citant « *la nature spécifique des emplois en cause ou par les conditions particulières de leur exercice* »⁸⁴².

Pour mémoire, il faut spécifier que dans l'hypothèse retenue, le voile étant le motif de la demande du client, il s'agit bien ici d'une caractéristique liée à la religion, condition posée par l'article 4 -1 de la directive. Les conditions suivantes tiennent à « *la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante* » en raison de « *la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice* ». Le texte mentionne non seulement l'activité professionnelle ainsi que les conditions de son exercice, de manière alternative. Il semble que la réalisation de l'une de ses deux conditions suffise⁸⁴³. Il est nécessaire de tenir compte du contexte dans lequel la fonction du salarié doit s'exécuter pour déterminer s'il s'agit d'une condition essentielle et déterminante. Il est évident concernant l'activité d'ingénieure de la salariée, que celle-ci pouvait s'effectuer avec ou sans foulard, d'une manière purement opérationnelle, formelle. Si l'entreprise souhaite lui imposer un code vestimentaire, il faut que celui-ci réponde à la condition d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante en raison du contexte dans lequel est exercé cette activité. Le port d'une tenue vestimentaire spécifique, en raison d'un contact avec la clientèle peut être assimilé à cette condition sans difficulté. Cette pratique est d'ailleurs extrêmement fréquente en cas de contact avec la clientèle, ne serait-ce que pour permettre aux clients de distinguer les salariés de l'entreprise, au-delà de la construction d'une image de marque. Concernant la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, l'Avocate générale Sharpston dans ses conclusions du 13 juillet 2016 réfute totalement l'application de cette condition⁸⁴⁴, puisque selon elle, la salariée pouvait normalement effectuer ses tâches, y compris en portant un foulard.

Parmi les conditions suivantes exigées, il y a la nécessité d'un objectif légitime. Le souhait de l'entreprise de projeter une image de marque au travers de l'habillement de ses salariés en contact avec les clients relève sans nul doute de l'objectif légitime⁸⁴⁵, mais le but de complaire à une demande d'un client, afin de le conserver, portant sur un vêtement religieux le constitue-

⁸³⁵ CJUE, 12 janvier 2010, Wolf, n°C-229/08, § 35.

⁸³⁶ 12 janvier 2010, Wolf, C-229/08, § 40.

⁸³⁷ 13 septembre 2011, Prigge e.a., C-447/09, § 67.

⁸³⁸ 13 novembre 2014, Vital Pérez, C-416/13, § 41.

⁸³⁹ C-273/97.

⁸⁴⁰ §32.

⁸⁴¹ C 285/98.

⁸⁴² § 27.

⁸⁴³ En ce sens, concl. préc de l'Avocate générale Kokott, § 73.

⁸⁴⁴ Préc., § 102.

⁸⁴⁵ En ce sens, conclusions Avocate générale Sharpston préc., § 116 et CEDH, 15 janvier 2013, Eweida et autres c. Royaume-Uni, § 94.

t-il ? Ou dit autrement, le risque de perte financière générée par le départ du client peut-il justifier une discrimination ? La jurisprudence considère de façon constante qu'une discrimination ne peut être justifiée par un préjudice financier que subirait l'employeur⁸⁴⁶. Dans la décision Webb du 14 juillet 1994⁸⁴⁷, la Cour posait déjà le principe au regard du fonctionnement de l'entreprise, que « *le point de savoir si la présence de l'intéressée, pendant la période correspondant à sa maternité, est indispensable à la bonne marche de l'entreprise* » ne pouvait être mis en balance avec la protection offerte par le droit européen. Cette même orientation se retrouve en matière de discrimination sexuelle notamment dans la décision Schönheit et Becker⁸⁴⁸ pour l'état des finances publiques, en matière de discrimination d'une femme enceinte au regard du préjudice financier subi par l'employeur dans la décision du 4 octobre 2001 Tele Danmark⁸⁴⁹, cette dernière se situant dans la droite ligne de la jurisprudence des arrêts Dekker du 8 novembre 1990⁸⁵⁰ et Mahlburg du 3 février 2000⁸⁵¹. En 2004, la Cour dans la décision Merida⁸⁵², statuait que l'augmentation des charges financières et d'éventuelles difficultés administratives ne constituaient en rien une justification d'une discrimination sur la nationalité⁸⁵³. Dans son arrêt du 28 juin 2012 Erny⁸⁵⁴, la Cour posait le principe selon lequel des justifications, tirées de l'augmentation des charges financières et d'éventuelles difficultés administratives, « *ne sauraient, en tout état de cause, justifier le non-respect des obligations découlant de l'interdiction de discrimination sur le fondement de la nationalité* »⁸⁵⁵. Le 19 juin 2014⁸⁵⁶, la Cour a confirmé dans l'arrêt Specht que « *l'augmentation des charges financières et d'éventuelles difficultés administratives ne sauraient, en principe, justifier le non-respect des obligations découlant de l'interdiction de discrimination* »⁸⁵⁷. L'expression « *en principe* » peut toutefois laisser suggérer l'existence d'exceptions. D'ailleurs, dans cette dernière affaire portant sur une modification dans la rémunération des fonctionnaires, la Cour prend soin de préciser que la solution choisie doit « *rester viable d'un point de vue technique et économique* »⁸⁵⁸. La jurisprudence portant sur l'intérêt financier de l'entreprise comme facteur justificatif au regard de la discrimination n'exclut donc pas de manière systématique cette possibilité. Il s'agit d'ailleurs de la position de l'Avocate générale Kokott qui estime qu'en réalité, une discrimination peut être justifiée pour des motifs commerciaux, dès lors que cela s'inscrit dans les objectifs fixés par le législateur européen⁸⁵⁹.

Toutefois, comme le note l'Avocate générale Julianne Kokott dans ses conclusions dans l'affaire Achbita⁸⁶⁰, la demande d'un client de n'être servi que par des salariés possédant certaines caractéristiques (religion, origine ethnique, sexe, âge, orientation sexuelle) ne peut être assimilée à une demande légitime. En effet, il s'agirait d'une demande totalement contraire aux valeurs fondamentales et objectifs des traités de l'Union, repris dans les introductions des directives n° 2000/78 et 2000/43 notamment la non-discrimination, l'égalité, etc... L'avocat

⁸⁴⁶ § 100 des conclusions.

⁸⁴⁷ C-32/93, § 26.

⁸⁴⁸ 23 octobre 2003, C-4/02, § 84 et 85.

⁸⁴⁹ C-109/00, § 28.

⁸⁵⁰ C-177/88, § 12.

⁸⁵¹ C-207/98, § 29.

⁸⁵² 16 septembre 2004, C-400/02.

⁸⁵³ § 30.

⁸⁵⁴ C-172/11.

⁸⁵⁵ § 48.

⁸⁵⁶ Specht e. a., C-501-12 à C. 506/12.

⁸⁵⁷ § 77.

⁸⁵⁸ § 78.

⁸⁵⁹ Concl. préc. § 79.

⁸⁶⁰ Conclusions déposées le 31 mai 2016, Affaire C 157/15, Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre G4S Secure Solutions NV, § 91.

général P. Maduro dans ses conclusions pour l'affaire Feryn⁸⁶¹, ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que les demandes des clients qui « *ne seraient pas favorablement disposés à l'égard d'employés d'une origine ethnique déterminée est totalement dénuée de pertinence pour la question de l'application de la directive 2000/43* ». Enfin l'Avocate générale Sharpston dénonce le caractère insidieux de l'argument de vouloir succomber à la demande du client, dès lors que cette demande est fondée sur un critère de discrimination prohibée. La directive n° 2000/78 a justement pour objet d'éviter un traitement défavorable aux salariés en rapport avec les éléments cités.

Enfin, la dernière condition posée par l'article 4 concerne le principe de proportionnalité. Pour cette appréciation, la CJUE, à l'instar de la CEDH laisse une marge d'appréciation aux juridictions nationales. L'Avocate générale Kokott dans ses conclusions dans l'affaire *Ingeniørforeningen i Danmark c. Region Syddanmark* du 12 octobre 2010⁸⁶² proposait quant à l'application du principe de proportionnalité que les mesures prises ne causent pas « *des inconvénients démesurés par rapport aux buts visés* », et qu'il était nécessaire de « *trouver un juste équilibre entre les différents intérêts en présence* ». La jurisprudence exige que la restriction ne porte pas atteinte de manière excessive aux droits des salariés⁸⁶³. L'Avocate générale Sharpston propose la mise en place d'aménagement raisonnable en fonction de la taille de l'entreprise⁸⁶⁴. En outre, cette dernière estime que la solution pourra restreindre ou non la liberté religieuse du salarié de manifester sa foi, mais ne pourra en aucun cas « *porter atteinte à un aspect de la pratique religieuse que le travailleur considère comme essentiel* »⁸⁶⁵. Elle cite ainsi comme exemple pour un salarié qui devrait prier cinq fois par jour, soit de s'adapter sur les pauses, soit d'accepter d'allonger sa journée de travail pour compenser son absence temporaire lors des prières. L'employeur devrait donc l'autoriser à procéder de cette manière. Enfin, l'Avocate générale Sharpston estime que la durée réduite au regard du temps de travail total de face-à-face avec la clientèle, et donc de restriction imposée à la liberté de manifester sa foi, qui est de 5 % dans l'affaire Bougnaoui, ne peut servir d'argument en faveur d'une proportionnalité de la mesure. En effet, si la salariée considère qu'elle doit porter ce foulard, peu importe que la restriction soit plus ou moins durable dans le temps. Le juge peut concrètement tenir compte de plusieurs critères afin d'effectuer cette mise en balance des intérêts en présence, notamment :

- la visibilité et la taille des symboles religieux⁸⁶⁶,
- la situation hiérarchique du salarié,
- le contact avec la clientèle,
- le fait que la restriction touche à la fois un symbole religieux mais aussi plutôt les salariés d'un sexe, ou d'une ethnique.

En conclusion, au-delà du débat entre avocats généraux, le critère de la légitimité de l'objectif semble ne pas être rempli dès lors que le client exigerait de n'avoir en face de lui que des salariés disposant de certaines caractéristiques prohibées par la directive n° 2000/78. En revanche, la légitimité de l'objectif semble beaucoup plus assurée si le client demande une neutralité dans l'expression des opinions des salariés qu'il côtoie. En effet, dans cette

⁸⁶¹ Conclusions du 12 mars 2008, affaire C-54/07, § 18.

⁸⁶² C-499/08.

⁸⁶³ CJUE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, C 411/05, § 73) CJUE, 12 octobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C 499/08, § 47.

⁸⁶⁴ Concl. préc. § 125.

⁸⁶⁵ Concl. préc. § 128.

⁸⁶⁶ CEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, préc.

hypothèse, cela reviendrait à demander soit le port d'une tenue uniforme, soit à la mise en place d'un code vestimentaire neutre. Pour l'instant, celui-ci n'est pas remis en cause par la jurisprudence.

Concernant la dérogation à une discrimination indirecte, justifiée « *par un objectif légitime et (à la condition) que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ». La notion d'objectif légitime n'est pas définie pour cet article 2. Nous retrouvons ici la même discussion que précédemment. Il faut en outre apprécier le caractère approprié et nécessaire de la mesure. Le caractère approprié d'une mesure d'interdiction d'un signe religieux ne fait pas non plus débat, puisqu'elle correspond très clairement à l'objectif. Le caractère serait inapproprié s'il y avait une ambiguïté dans la demande de l'employeur au regard de l'objectif. Dans le cas présent, la mesure consiste à interdire le port de vêtements religieux en cas de contact avec la clientèle. Dès lors que l'entreprise peut imposer une tenue vestimentaire spécifique aux salariés en relation avec la clientèle en raison de son image commerciale, il est possible de lui interdire le port de signes religieux. L'entreprise aurait-elle pu répondre autrement à la demande d'un client, par des contraintes moins importantes imposées au salarié, au regard du caractère nécessaire imposé par le texte ? L'avocate générale Sharpston dans ses conclusions propose dans une démarche de recherche d'un juste équilibre, que les salariées soumis au port d'une tenue, puissent y adjoindre des éléments religieux de la même couleur que la tenue. Or comme le note l'Avocate générale Kokott⁸⁶⁷, si l'employeur accepte ces éléments, il revient sur son objectif de neutralité. C'est l'employeur qui dès lors, fait droit à la demande du salarié. D'autre part, cela crée une nouvelle discrimination à l'égard d'autres salariés qui souhaitent exprimer leurs convictions politiques par exemple. L'employeur devrait alors réfléchir à une possibilité en fonction de chacun. Cette solution semble donc peu envisageable car générant plus de difficultés que de solutions. En conclusion sur ce point, nous pouvons constater que l'entreprise ne peut céder à une demande d'un client fondée sur un critère prohibé, mais qu'en revanche, elle peut accepter une demande relative à un code vestimentaire neutre.

Enfin, il est nécessaire de scruter attentivement les particularités de fait de cette affaire Bougnaoui. En effet, le client auprès duquel la salariée était déléguée, formule cette exigence en raison de la contestation, des remarques qu'ont effectuées ses propres salariés. La manifestation d'opinions politiques, religieuses ou philosophiques peut générer un débat, des clivages, des polémiques au sein du personnel et entraîner une désorganisation de l'entreprise. Les salariés peuvent au nom de la liberté d'expression exprimer leur conviction, mais en présence d'un trouble causé à l'entreprise, l'employeur se doit de réagir pour assurer le bon fonctionnement de celle-ci. En l'espèce, il y a bien une demande de retrait du port du voile par un client, mais celle-ci est fondée sur l'apparition d'un trouble objectif au sein de sa propre structure. Il y a bien une demande du client, mais la motivation de celle-ci est liée à une problématique interne. En l'absence de plus d'éléments factuels, il est difficile de caractériser davantage la situation. Toutefois, le seul fait que des salariés aient protesté et demandé le retrait, signifie en soi que le port du voile a eu un impact fort, et que le fonctionnement de l'entreprise s'en est trouvé altéré. La manifestation ostensible d'opinions peut générer des débats passionnés, ce qui est le cas en l'espèce. La question abordée au travers de cette affaire est en réalité celle de la justification d'une discrimination fondée sur un trouble objectif causé chez le client par la manifestation des opinions religieuses d'une salariée déléguée ? L'article 2 § 5 de la directive prévoit que la directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale nécessaires à la protection des droits et libertés d'autrui. L'Avocate générale Sharpston écarte très vivement « *l'idée qu'une interdiction faite aux travailleurs de porter une*

⁸⁶⁷ Concl. préc., §107.

tenue vestimentaire religieuse (...) puisse être nécessaire à « la protection des droits et libertés individuels » »⁸⁶⁸. Il est vrai que cette disposition n'a pas été retranscrite dans notre ordre juridique nationale. L'argument reste utilisable par le biais des exemptions existants pour la discrimination indirecte et par le biais de l'article 4, qui correspond à notre L. 1132-1 du Code du travail. En effet, dès lors que le port du voile ou de tout autre vêtement à connotation religieuse suscite au sein de l'entreprise des troubles suffisamment importants pour porter atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise, ne peut-on pas considérer qu'il y a alors atteinte à la liberté d'entreprendre ?

Comme nous le verrons, le juge peut opérer un raccourci intellectuel en ne prenant pas en compte cette dimension de troubles objectifs présents chez le client, ou réexaminer, pour le juge français les conditions d'acceptation de cette notion de troubles objectifs, dès lors qu'il est fondé sur un critère prohibé en matière de discrimination.

D. La prohibition de toute règle d'interdiction générale et absolue

Les décisions de la chambre sociale de la Cour de Cassation du 19 mars 2013⁸⁶⁹ puis de l'assemblée plénière du 25 juin 2014 « *Baby Loup* » ont mis en exergue cette exigence. Pour mémoire, la directrice-adjointe d'une crèche, avait été licenciée en raison du port du voile islamique, en contradiction avec une disposition du règlement intérieur. Celle-ci prévoyait une obligation générale pour ses salariés de respect des principes de neutralité et de laïcité. Les faits étaient d'autant plus remarquables que la salariée avait elle-même décidé d'arborer ce voile au retour d'un congé de maternité, et que quelques années plus tôt, elle-même avait rappelé à une salariée, lors d'une procédure de licenciement « *l'obligation de ne pas porter le voile pour toutes les activités auprès des enfants* »⁸⁷⁰. Le Conseil des Prud'hommes de Mantes-la-Jolie⁸⁷¹, puis la Cour d'appel de Versailles avait confirmé le licenciement pour faute grave de la directrice adjointe.

La chambre sociale de la Cour de cassation ne les a pas suivis et a considéré qu'il s'agissait là d'une « *restriction générale et imprécise* », contraire aux dispositions de l'article L.1321-3 du Code du travail. On peut ici constater une convergence avec la jurisprudence du Conseil d'Etat antérieure à la loi du 15 mars 2004 sur les signes religieux. Dans l'arrêt du 2 novembre 1992 *Kherouaa*, le Conseil d'Etat avait déclaré illicites les interdictions générales et absolues du port de signes religieux édictées ici par le règlement intérieur du collège Jean Jaurès de Montfermeil⁸⁷², tout en précisant que des limites pouvaient être apportées à cette liberté, notamment pour éviter tout trouble à l'ordre public ou le fonctionnement normal du service public. La position de la chambre sociale sera infirmée par une décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 25 juin 2014⁸⁷³, estimant que la crèche étant de dimension réduite,

⁸⁶⁸ Concl. préc. § 105.

⁸⁶⁹ N° 11-28.845, préc.

⁸⁷⁰ Cf. arrêt de la Cour d'appel de Versailles, 11^e chambre du 27 octobre 2011, n° 10/05642, *Fatima c./Association Baby Loup*, semaine Sociale Lamy 2011 1512, commentaire P. Adam.

⁸⁷¹ Décision n° F10/0057 du 13 décembre 2010, Jurisprudence Sociale Lamy 2011, p. 293, commentaire Marie Hautefort. CA Versailles, 11^e chambre du 27 octobre 2011, n° 10/05642, *Fatima c./Association Baby Loup*, semaine Sociale Lamy 2011 1512, commentaire P. Adam.

⁸⁷² L'article 13 stipulait que « le port de tout signe distinctif, vestimentaire ou autre, d'ordre religieux, politique ou philosophique est strictement interdit ».

⁸⁷³ Cf. notamment J. Mouly, « L'affaire Baby-loup devant l'Assemblée plénière : quelques accommodements avec les principes », *Dr. soc.* 2014, p. 181 ; S. Mouton et T. Lamarche *AJDA* 2014. 1293 et 1842 ; *D.* 2014. 1536, entretien avec C. Radé ; F. de la Morena, *AJCT* 2014. 511 ; *ibid.* 337, tribune F. de la Morena ; J. Mouly, *Dr. soc.* 2014. 811 ; J. Hauser, *RTD civ.* 2014. 620.

employant 18 salariés, « *qui étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents* », la restriction imposée était suffisamment précise, justifiée et proportionnée au but recherché. Ainsi, la chambre sociale et l'Assemblée plénière se placent en totale désaccord sur l'appréciation du caractère général de la restriction imposée. Mais l'Assemblée plénière autorise l'employeur à insérer une clause imposant une restriction vestimentaire en présence de clients, d'adhérents, etc ... sous réserve du respect des conditions posées.

L'exigence de proportionnalité se traduit notamment par l'impossibilité de prendre une mesure de restriction qui s'étendrait à l'ensemble du personnel, y compris aux salariés qui ne seraient pas en contact avec les bénéficiaires des services de la crèche. Il y a en quelque sorte une disproportion non pas dans la généralité de la mesure, mais dans l'absence de justification au regard de la nature des tâches à accomplir. Nul doute que l'entreprise pourrait imposer une mesure générale, dès lors que l'ensemble de ces salariés serait en contact avec le public.

Plus récemment, le Conseil des prud'hommes de Lyon, dans un jugement du 18 septembre 2014⁸⁷⁴, se référant à une décision de la Halde devenu le défenseur des droits, a annulé une clause d'un règlement intérieur d'une société appartenant au secteur de la grande distribution imposant une interdiction générale et absolue « *de porter de façon ostensible tout signe d'appartenance à une religion* ». En pratique, l'employeur peut toujours apporter des restrictions aux signes religieux dans son règlement intérieur, mais il est nécessaire de préciser les dispositions restrictives de liberté et de respecter les principes de proportionnalité et de justification au regard de la tâche. Toutefois, il pourra simplement se limiter à invoquer le risque du contact avec le client.

E. Le recours à la notion de troubles objectifs : une issue pour l'employeur ?

La protection apportée par la réglementation prohibant toute discrimination directe ou indirecte peut-elle être contrecarrée par la très large capacité d'agir laissée à l'employeur sur le fondement de la notion de troubles objectifs ? La réponse semble positive comme le notent fort justement P.-H. Antonmattei⁸⁷⁵ et Ch. Mathieu⁸⁷⁶, même s'il faut soulever qu'il y a peu de jurisprudence sur laquelle s'appuyer. Pour mémoire, dans une décision du 17 avril 1991 Fraternité Saint Pie X, la chambre sociale prenait déjà une position en ce sens. Elle y annulait le licenciement d'un salarié homosexuel d'une association religieuse en l'absence de démonstration de troubles objectifs apportés à l'organisation. Il serait alors tentant pour un employeur de ne pas agir sur le fondement de clause portant sur les signes religieux dans son règlement intérieur, et d'utiliser cette notion de troubles objectifs. Cette solution serait d'autant plus attractive que le juge utilise parfois simplement la notion de risque d'atteinte à l'image, ou plus simplement que la démonstration du trouble n'est pas toujours exigée de façon précise, pour caractériser la notion de troubles objectifs comme nous l'avons observé précédemment. Contrairement à ce qu'affirme P.-H. Antonmattei⁸⁷⁷, ce licenciement ne semble pas si difficile d'accès.

Dans la plupart des décisions portant sur d'éventuelles discriminations, la notion de troubles objectifs apparaît d'ailleurs soit en filigrane, soit est clairement invoquée. Il faut noter que lorsque le règlement intérieur impose une tenue vestimentaire aux salariés en contact des clients, la raison est certes la reconnaissance des membres du personnel par la clientèle, mais

⁸⁷⁴ N° 13/00187.

⁸⁷⁵ « A propos de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2014.391.

⁸⁷⁶ Ch. Mathieu, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2012, p.17.

⁸⁷⁷ Préc.

aussi l'absence de risque de troubles causé auprès de celle-ci par une tenue inadéquate au regard de l'image de l'entreprise. La notion de troubles objectifs est donc sous-jacente aux exigences du règlement intérieur portant sur la tenue vestimentaire. Il s'agit bien d'agir de manière préventive pour éviter des troubles tant au sein de l'entreprise qu'à l'égard des clients. Comme le note Ch. Mathieu, « *ce conflit d'opinions (entre les croyants et non croyants) peut engendrer un trouble* »⁸⁷⁸ au sein d'une organisation et le dirigeant peut souhaiter agir de manière préventive. Toutefois, selon cet auteur, « *il ne s'agit pas de répondre à un risque de perte de clientèle mais de réagir à une perturbation dans une organisation* ». Nous pouvons cependant observer qu'un trouble au sein d'une entreprise aura très probablement des conséquences sur la clientèle, car l'entreprise a pour objectif la satisfaction de ses clients. Le recours au règlement intérieur engendre un licenciement de nature disciplinaire, ce qui n'est pas le cas du licenciement pour troubles objectifs. Il y aurait ici un licenciement pour troubles objectifs justifiés par les conséquences des pratiques religieuses d'un salarié au sein du personnel par exemple.

Pour illustrer notre propos, déjà dans un arrêt du 19 mai 1978, la Cour de cassation confirmait la validité du licenciement d'une institutrice au sein d'une école privée catholique, sous contrat, en raison de son remariage après son divorce, en affirmant que non seulement les convictions religieuses de la salariée avaient un élément déterminant de la conclusion du contrat de travail, mais qu'en outre l'école avait agi « *en vue de sauvegarder la bonne marche de son entreprise, en lui conservant son caractère propre et sa réputation* ». La notion de troubles apportés à l'entreprise y transparait, justifiant la décision de l'employeur. La salariée avait invoqué l'atteinte à la liberté du mariage et la liberté religieuse, sans que cela ne soit retenu par les juges du fond, ni par la chambre sociale de la Cour de cassation.

Dans l'arrêt « *Painsecq* » du 17 avril 1991⁸⁷⁹, la Cour de cassation considère qu'en l'absence de troubles caractérisés au sein de l'entreprise, le licenciement d'un aide-sacristain homosexuel était illicite. La Cour exige ici la réalisation préalable du trouble, avant la mesure de rupture. Elle n'accepte pas le licenciement préventif, mais reconnaît implicitement la possibilité d'un licenciement fondé sur l'homosexualité au sein d'une entreprise de tendance, dès lors que le trouble objectif existe. Dans une décision de la Cour d'appel de la Réunion du 9 septembre 1997⁸⁸⁰, là encore portant sur le licenciement d'une vendeuse de vêtement portant une robe la couvrant « *de la tête aux pieds* », l'entreprise n'invoque pas explicitement le trouble objectif dans sa lettre de licenciement, mais s'en rapproche beaucoup car justifiant celui-ci par l'incompatibilité entre l'image du personnage référent de l'enseigne présent dans toutes les publicités⁸⁸¹, et la tenue portée par la salariée. L'entreprise a souhaité ne pas créer de « *confusion dans l'esprit de la clientèle* », que le « *conseil à la vente soit crédible* ». Estimant que le style des vêtements de la salariée était en opposition avec l'image de marque du magasin, l'entreprise a licencié la salariée, qui refusait de reprendre le type de tenue qu'elle portait lors de son embauche. Très concrètement, la Cour d'appel a considéré que l'employeur pouvait décider de l'apparence de ses salariés, dans le respect bien évidemment de l'ordre public, « *pour des impératifs commerciaux liés à l'intérêt de l'entreprise, à la mise en conformité entre « l'esprit mode de « d'articles de mode féminins* », dès lors qu'il n'y entre aucune intention de porter atteinte spécifiquement à une pratique religieuse.

⁸⁷⁸ Ch. Mathieu, « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2012, p.17.

⁸⁷⁹ Pourvoi n° 90-42.636, arrêt n°1704 ; note J. Villacèque, D. 1990, p. 956.

⁸⁸⁰ D. 1998, jurisp. 546, note S. Farnocchia ; RTD civ. 1999, p. 62, obs. J. Hauser.

⁸⁸¹ « la jeune femme réunionnaise moderne, libérée, bien dans sa peau, qui assume sans complexes sa féminité tant dans son discours que dans sa tenue ».

Dans une décision de la Cour d'appel de Paris du 16 mars 2001⁸⁸², c'est le cas d'une vendeuse qui fut licenciée pour avoir porté un voile dans un magasin. Le motif du licenciement était ici disciplinaire, fondé sur le non-respect d'une disposition du règlement intérieur portant sur la tenue et la possibilité pour le chef d'entreprise d'apprécier le caractère correct de ladite tenue. Nulle mention des termes de troubles objectifs dans la lettre de licenciement, mais la notion en filigrane transparait de troubles apportés à l'entreprise. Celle-ci se trouvait dans un vaste espace commercial, et l'employeur s'était opposé à cette nouvelle tenue, « *en raison des répercussions sur la clientèle et les autres salariés* ».

Au fil des décisions, la filiation entre l'obligation de neutralité vestimentaire imposée aux salariés et la prévention du trouble objectif envisagé intrinsèquement ou comme une atteinte à l'image, apparaît de plus en plus évidente. Le lien entre l'obligation inscrite dans le règlement intérieur portant sur l'habillement, et la notion de troubles est patent. Dans un arrêt du 23 novembre 2006, la Cour d'appel de Versailles confirmait la validité du licenciement d'une technicienne de laboratoire, en contact avec les clients, ayant décidé de porter un voile couvrant les cheveux, deux ans après son embauche. La cause du licenciement ne fait pas référence à un trouble objectif mais au refus par la salariée d'obtempérer quant à l'habillement, et à la « *neutralité légitimement recherchée dans l'accueil du public* »⁸⁸³. Cette neutralité recherchée fait bien référence implicitement à un éventuel trouble causé au sein de la clientèle, une atteinte à l'image.

Dans une décision du 18 avril 2013⁸⁸⁴, la Cour d'appel de Paris a confirmé le licenciement d'une salariée, ingénieur d'étude déléguée auprès de la société Groupama, qui a décidé d'arborer un voile, malgré les protestations de ses supérieures hiérarchiques et de la société Groupama, cliente de l'employeur. La lettre de licenciement ne fait pas mention explicitement de troubles objectifs, mais s'en approche beaucoup dans la mesure où elle évoque la gêne créée au sein de salariés d'un client de l'entreprise, avec lesquels elle travaillait. Là encore, il s'agit bien d'une gêne apportée aux fonctions de l'entreprise. La Cour considère que « *le licenciement (...) ne procède pas d'une discrimination tenant à ses convictions religieuses puisque la salariée était autorisée à continuer à les exprimer au sein de l'entreprise mais qu'il est justifié par une restriction légitime procédant des intérêts de l'entreprise alors que la liberté donnée à la salariée de manifester ses convictions religieuses débordait le périmètre de l'entreprise et empiétait sur les sensibilités de ses clients et donc sur les droits d'autrui* ». La Cour d'appel fait ici référence aux troubles apportés à l'entreprise. Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi et d'une question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne⁸⁸⁵.

Enfin, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans sa décision Baby-Loup du 25 juin 2014⁸⁸⁶, fait référence aux troubles apportés à l'entreprise. En effet, dans la mesure où elle justifie la validité du règlement, par le fait que les salariés « *étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents* », elle fait directement référence aux troubles que pourraient apporter à l'association le non-respect de ces dispositions. Dans ce cas, la notion pourrait être reprise dans le cas d'un licenciement pour trouble objectif.

⁸⁸² 18^e ch. sect. E, n°01-454, note M.-C. Haller, Semaine sociale Lamy 2001 -1050.

⁸⁸³ 5^{ème} ch. B, n° 05/05149.

⁸⁸⁴ CA Paris, Pole 6, ch. 11, n° 11/05892.

⁸⁸⁵ 9 avril 2015, M^{me} X. et l'Association de Défense des droits de l'homme (ADDH) c/ Société Micropole Univers, pourvoi n° 13-19.855 ; D. 2015, p. 1132, note J. Mouly ; C. Wolmark, « Le foulard dans l'entreprise – La CJUE invitée dans le débat », Dr. soc. 2015, p. 648.

⁸⁸⁶ Préc.

En conclusion sur ce point, le recours à la notion de troubles objectifs causés par l'expression vestimentaire de la foi peut être une solution alternative pour l'employeur. Elle met aussi en exergue la contradiction qu'il peut y avoir entre d'une part l'acceptation par le juge d'un licenciement pour troubles objectifs suscités par le port du voile par exemple, et l'annulation d'un licenciement pour discrimination fondée sur le même port du voile, y compris en présence d'une demande expresse de la clientèle si une telle solution devait être retenue.

F. Des positions jurisprudentielles contradictoires de la Cour de cassation ?

Pour mémoire, rappelons qu'une jurisprudence que nous avons déjà examinée et qui est assez ancienne permet à l'employeur de licencier un salarié dès lors qu'un client lui impose cette solution. Dans une décision du 3 décembre 2002⁸⁸⁷, la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé la légalité du licenciement d'un salarié, commercial itinérant, pour faute grave. Ce dernier avait volé un objet de très faible valeur, hors temps de travail dans une entreprise située sur son secteur de prospection. Le groupe victime du vol, a opposé son refus de travailler avec ce salarié dans ses 56 magasins. Malgré l'âge du salarié et son ancienneté de 23 ans, le fait que les deux magasins concernés dans son secteur pouvaient être visités par d'autres représentants et qu'ils ne représentaient que 5 % du CA du secteur, la Cour de cassation a confirmé le licenciement pour faute grave. Elle retient expressément que le comportement du salarié avait nui gravement à la réputation de son employeur, et l'avait contraint à procéder à son remplacement en raison du refus du client de le recevoir, qu'il y avait donc un trouble objectif caractérisé au sein de sa propre entreprise justifiant la rupture du contrat. De la même façon, le Conseil d'Etat a confirmé l'autorisation de licenciement d'un délégué du personnel en anticipant une éventuelle réaction de rejet du salarié par ses clients. Dans cette décision du 9 juillet 2007, cette juridiction avait avalisé l'autorisation du licenciement d'un délégué du personnel, ce dernier ayant adressé un courrier de protestation à l'un des clients de son employeur, afin de dénoncer les conditions de travail qu'il imputait directement au client. Le Conseil relevait que ce courrier « *était susceptible d'influer défavorablement sur les relations entre les clients et son entreprise* »⁸⁸⁸.

Dans ces deux cas, le juge qu'il soit judiciaire ou administratif donne un pouvoir important au client d'influer sur la relation contractuelle. Il permet même à l'employeur d'anticiper d'éventuelles réactions négatives. Il serait alors paradoxal de refuser à un employeur d'exiger une neutralité de la tenue face à ses clients tout en autorisant l'employeur à licencier de manière préventive ou non pour éviter tout rejet par les clients. De même, comme nous l'évoquions, le juge accepte un licenciement dès lors que le salarié cause un trouble objectif à l'entreprise, et ce trouble peut être généré par le port d'un voile. C'est d'ailleurs le cas dans l'affaire Bougnaoui⁸⁸⁹ dont nous attendons la réponse de la CJUE, puisque ce sont les salariés du client au sein duquel cette ingénieure était déléguée, qui ont demandé le retrait de ce vêtement. Il y a bien manifestement un trouble causé au fonctionnement de l'entreprise, un trouble commercial plus précisément. Or si l'on suit les conclusions de Mme Sharpston⁸⁹⁰, le licenciement de cette salariée ne peut être considéré que comme discriminatoire. En effet, il ne serait pas possible de permettre à l'employeur de suivre les préjugés de ses clients, lorsqu'ils sont fondés sur des motifs interdits⁸⁹¹, notamment religieux.

⁸⁸⁷ Pourvoi n° 00-44321.

⁸⁸⁸ CE 9 juillet 2007, n° 288295, Sangare.

⁸⁸⁹ CJUE, Asma Bougnaoui Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contre Micropole SA, C-188/15.

⁸⁹⁰ Conclusions présentées le 13 juillet 2016.

⁸⁹¹ § 133 des conclusions.

En conclusion, si la position de Mme Sharpston était retenue par la CJUE, pour permettre la réunion de ces deux positions, le juge français ne devrait confirmer la validité du licenciement pour troubles objectifs, dès lors que la motivation de ces troubles ne repose pas sur des critères illicites indiqués dans la législation sanctionnant la discrimination, notamment la religion, le sexe, etc... Il y aurait un rapprochement des positions jurisprudentielles, et il incomberait désormais à l'entreprise de lutter contre les stéréotypes portés par ses clients. La solution serait juridiquement unifiée mais laisserait de nombreuses questions en suspens, notamment celle du risque économique. En effet, est-ce à l'entreprise de supporter le risque économique lié à l'existence de préjugés des clients à l'égard de son personnel ?

Section 2. L'apparence physique du salarié

Sous réserve de respecter les codes sociaux en vigueur, le salarié est libre de se coiffer comme il l'entend ou de porter une barbe, une moustache, d'être en surpoids ou non, de se teindre les cheveux ou de porter un tatouage, etc... Le contact avec la clientèle ainsi que les motifs d'hygiène et de sécurité restent les critères déterminant le contrôle de l'employeur. La Cour d'appel de Paris a ainsi confirmé le bien fondé d'un licenciement d'un pâtissier car celui-ci refusait de se couper les cheveux qu'il portait longs et sales ou plus simplement de les dissimuler sous une coiffe appropriée⁸⁹², pour des raisons d'hygiène. De même, le licenciement d'un serveur de restaurant qui avait refusé de supprimer sa queue de cheval et de mettre sa coiffure en conformité avec celle du reste du personnel de l'établissement a été considéré comme fondé⁸⁹³. Dans une décision du 31 août 2011, la Cour d'appel de Versailles⁸⁹⁴ confirmait la validité du licenciement d'un salarié aide-soignant au sein d'un établissement réservé aux personnes âgées dépendantes en raison notamment de son hygiène. En effet, contrairement à ce qu'exigeait le règlement intérieur, celui-ci ne respectait pas le principe d'une « *grande propreté corporelle* », le règlement citant de façon non exhaustive les cheveux et les ongles, et le salarié ayant précisé qu'il ne voyait pas l'intérêt de se raser. L'absence de rasage d'un aide-soignant dans un établissement réservé aux personnes âgées dépendantes fut un des éléments justifiant son licenciement, le règlement intérieur exigeant « la plus grande propreté corporelle »⁸⁹⁵. L'absence de contact avec la clientèle limite le pouvoir de contrainte de l'employeur sur l'apparence extérieure du salarié. Ainsi, il a été jugé qu'un salarié n'ayant aucun contact avec la clientèle ne pouvait être licencié parce qu'il se laissait pousser la barbe⁸⁹⁶. De même, le juge a considéré que le port de vêtements moulants et d'une chevelure teinte d'une couleur inhabituelle ne justifiaient pas le licenciement d'une salariée, dès lors que ni le contrat de travail, ni les conditions d'exercice de ses fonctions ne l'obligent à être en contact régulier avec la clientèle⁸⁹⁷. La question relative à l'apparence extérieure est rendue plus complexe, car le salarié ne peut l'abandonner en entrant dans l'entreprise, contrairement à sa tenue vestimentaire. Nous reprendrons rapidement les éléments textuels dans un premier temps, avant d'examiner les solutions jurisprudentielles.

⁸⁹² CA Paris, 28 mars 1989, 22^{ème} ch. A.

⁸⁹³ CA Paris 2 avril 1987 n° 88-35799, 22^e ch. C, SARL AME Restaurant Joe Allen c/ Court.

⁸⁹⁴ 15^{ème} chambre, n° 10/03526.

⁸⁹⁵ CA Versailles, 15^{ème} chambre, n° 10/03526.

⁸⁹⁶ CA Nîmes, 14 mai 1996, n° 94-1009, ch. Soc. Escoffier pneus c/ Colson.

⁸⁹⁷ CA Versailles 19 décembre 1994 n° 93-6568, 5^e ch. B SA Comtel c/ Mauduit.

I. Discrimination et justifications de celle-ci

Rappelons brièvement, que lors de l'exercice du pouvoir de contrôle de l'employeur sur l'apparence du salarié, ce dernier peut, outre l'article L. 1121-1 du Code du travail, utiliser la notion de discrimination prévue par l'article L. 1132-1 du Code du travail pour se défendre à l'encontre d'éventuels abus.

Pour mémoire, rappelons que l'article L. 1132-1 du Code du travail, application de la directive européenne 2000/78/CE du 27 novembre 2000, dispose qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte « *notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3 du code du travail, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap* »⁸⁹⁸. De facto, le texte reconnaît la possibilité d'établir des distinctions entre des salariés, sauf lorsque la décision repose sur les critères énoncés. Concernant la définition même du terme « *discrimination* », la formule la plus ancienne et utilisée consiste à considérer que « *discriminer, c'est traiter de façon inégale des situations semblables ou traiter de façon égale des situations dissemblables, sans justification objective ou raisonnable* »⁸⁹⁹. Comme le note fort justement N. Moizard, il existe des contradictions entre les directives 2000/78 et 2000/43 du 29 juin 2000, et leur reprise par le législateur français⁹⁰⁰. L'article 2 paragraphe 5 de la directive n° 2000/78 n'a ainsi pas été transposé dans notre droit national. Il prévoit des exemptions liées « *à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

L'article L. 1133-1 précise que l'article L.1132-1 du Code du travail ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Il reprend ici partiellement le texte de l'article 4 des directives n° 2000/43 et n° 2000/78. L'article L. 1133-2 du Code du travail poursuit en rajoutant un élément supplémentaire. Il précise que « *Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles*

⁸⁹⁸ Pour mémoire, l'article 14 de la Convention européenne des droits prohibe toute discrimination relative aux droits et libertés consacrées par celle-ci fondée sur « le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

⁸⁹⁹ Rapport 2008 de la Cour de cassation, Etudes, « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », Propos préliminaires sur l'application par la Cour de cassation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cf : Observation générale n° 18 du 9 novembre 1989 du Comité des droits de l'homme des Nations Unies ; observations du juge Tanaka dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice de 1968 concernant l'affaire du Sud Ouest africain ; CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales, Balkandali c. Royaume-Uni, requêtes n° 9214/80, n° 9473/81 et n° 9474/81 et CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, 2346/02.

⁹⁰⁰ « Clarifier le cadre juridique de la lutte contre les discriminations au travail », RDT 2012.128. Ainsi en est-il de la transformation de l'expression « ne le serait » des directives par « l'aura été ». Cela élimine de facto la situation où il n'y a pas de victime, alors même que la CJCE considère que la discrimination est constatée, même en l'absence de plaignant, CJCE, 10 juillet 2008, Feryn, n° C-54/07, D. 2008, Pan. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt.

sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. »

Ces différences peuvent notamment consister en :

1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;

2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

Cela reprend les conditions prévues par l'article 6 paragraphe 1 de la directive n° 2000/78.

Ces précisions apportées à l'ancien article L. 122-45-3 du Code du travail l'ont été car la commission avait considéré que la directive 2000/78 imposait davantage de clarté et de précisions. De même les différences de traitement liées à l'inaptitude, au handicap⁹⁰¹ ne constituent pas des discriminations. Enfin à côté de ces exceptions générales, le code prévoit des discriminations permanentes légales :

- notamment l'accès à certaines professions réservées à l'un ou l'autre sexe⁹⁰², comme les mannequins ou acteurs pour les rôles masculins ou féminins.
- La protection de la maternité et paternité,
- La protection des salariés liée à leur état de santé ou leur âge.

L'entreprise peut prendre des mesures provisoires de discriminations au seul bénéfice des femmes pour établir l'égalité des chances professionnelles⁹⁰³. Pour conclure, nous pouvons constater que cette interdiction complétée par des exceptions, ne fait qu'exprimer un principe plus général de respect de l'égalité de traitement des salariés⁹⁰⁴, même si des différences subsistent entre les deux⁹⁰⁵. Ce dernier se retrouve au travers de nombreuses dispositions concernant notamment les salariés à temps partiel au regard des salariés à temps plein⁹⁰⁶, des salariés intérimaires⁹⁰⁷ ou en contrat à durée déterminée⁹⁰⁸ par rapport aux salariés en contrat à durée indéterminée, des salariés de sexe différent entre eux⁹⁰⁹, d'égalité en matière de rémunération⁹¹⁰. La Cour de cassation s'est appuyée sur ses textes à de nombreuses reprises pour préciser ce principe, notamment en matière d'égalité de rémunération, en posant la règle qu'une différence de traitement ne pouvait se justifier que par un élément objectif et vérifiable⁹¹¹. Ainsi les augmentations individuelles de salaire *« doivent correspondre à des critères objectifs et vérifiables »*⁹¹².

⁹⁰¹ L. 1133-3 et L. 1133-4 du Code du travail.

⁹⁰² Art. L. 1142-2 et R. 1142-1 du Code du travail.

⁹⁰³ Art. L. 1142-1 et s. du Code du travail.

⁹⁰⁴ Cf. en ce sens, Ph. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié », préc. p. 151.

⁹⁰⁵ Cf. en ce sens Rapport annuel de la Cour de cassation, Etudes, 2008, « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », « les discriminations dans le travail », 1.1.1.1.1., « La distinction entre les discriminations et les règles d'égalité ».

⁹⁰⁶ Art. L. 3123-11 du Code du travail.

⁹⁰⁷ Art. L. 1251-18 et s. du Code du travail.

⁹⁰⁸ Art. L. 1242-14 du Code du travail.

⁹⁰⁹ Art. L. 1141-1 et s., L. 3221-1 et s. du Code du travail.

⁹¹⁰ Art. L. 2261-22 et L. 2271-1 du Code du travail.

⁹¹¹ Cf. pour l'égalité de traitement entre hommes et femmes, Cass. soc. 29 octobre 1996, n° 92-43-680, Bull. V. n° 359, Dr. soc. 1996, p. 1013, note A. Lyon-Caen.

⁹¹² Cass. soc. 2 octobre 2001, n° 99-17.577.

II. Discrimination et apparence extérieure du salarié

Comme nous l'indiquions précédemment, la discrimination consiste à traiter différemment des salariés situés dans la même situation, ou à traiter de la même façon des salariés situés dans des situations différentes⁹¹³. Pour mémoire, la discrimination fondée sur l'apparence physique peut entraîner des sanctions pénales au titre l'article 225-1 du Code pénal. Nous examinerons dans un premier temps la définition d'après la Cour de cassation de la notion d'apparence physique, avant d'examiner la coordination qui s'exerce entre la jurisprudence portant sur la discrimination et celle sur les troubles objectifs.

A. Les éléments constitutifs de l'apparence physique

Bien que l'article L. 1132-1 du Code du travail mentionne explicitement l'apparence physique, le juge adopte une interprétation pour le moins extensive en y intégrant des accessoires destinés à embellir la personne, notamment les boucles d'oreilles⁹¹⁴. Or, rappelons que le mot apparence provient du latin « *apparens* », c'est-à-dire ce qui apparaît au-dehors, et que l'adjectif « *physique* » renvoie à la physionomie, à la constitution « *naturelle* »⁹¹⁵ de l'homme. Cela correspond à des éléments sur lesquels il n'est pas possible d'agir, comme la taille, la physionomie, la beauté, et d'autres sur lesquels une influence peut être exercée, parfois très difficilement comme le poids, la couleur de peau, etc... Pourtant rien de moins naturel, que des boucles d'oreilles⁹¹⁶, et a priori, personne ne naît avec celles-ci. De même, le port de la cravate pour l'homme⁹¹⁷ ne pourrait être qualifié d'apparence physique, mais bien d'apparence vestimentaire ou extérieure. A la lecture de l'article L. 1132-1, il serait curieux au vu des développements de celui-ci de vouloir procéder à ce type d'interprétation, d'autant plus que les débats parlementaires préalable à l'adoption de la loi du 16 novembre 2001⁹¹⁸ ne portaient que sur la taille, le poids et l'esthétique⁹¹⁹. Toutefois, il faut observer que le Défenseur des droits français adopte lui-même une interprétation très large en affirmant « *que le périmètre du critère de l'apparence physique est large puisqu'on peut y inclure les caractéristiques inaltérables d'une personne telles que la couleur de peau, les traits du visage ou la taille et les caractéristiques manipulables par une personne : piercings, vêtements, coiffure,* »⁹²⁰.

Dans une décision récente et symptomatique de la chambre sociale de la Cour de cassation, un restaurateur de renom avait licencié l'un de ses employés, chef de rang⁹²¹, au motif que ce

⁹¹³ Cf. notamment CJUE 27 janvier 2005, Europe Chemi-Con (Deutschland) GMBH contre Conseil de l'Union Européenne, C-422/02 P, § 33 ; arrêt du 12 décembre 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, § 32.

⁹¹⁴ B. Aldigé, « Sur l'homme que vous êtes...Les boucles d'oreilles de la discorde », Gaz. Pal. 1er mars 2012 n° 61, p. 10.

⁹¹⁵ Dictionnaire Larousse classique.

⁹¹⁶ Le port l'est peut-être culturellement pour la gente féminine, mais sa fabrication ne l'est biologiquement pas.

⁹¹⁷ Si tant est que l'on puisse faire le parallèle.

⁹¹⁸ Loi ayant modifié l'ancien article L. 122-45 du Code du travail relatif à la discrimination.

⁹¹⁹ Cf. en ce sens, commentaire de D. Corrigan-Carsin, « La liberté de se vêtir au temps et au lieu de travail n'est pas une liberté fondamentale », JCP Entreprise et affaires n°38, 18 septembre 2003, p.1328, concernant la décision Cass. Soc. 28 mai 2003, Monriboit c/ SA Sagem

⁹²⁰ Décision Abercrombie, MLD-2014-147 du 3 novembre 2014, § 18

⁹²¹ Responsable d'un rang, c'est-à-dire d'un groupe de tables, le chef de rang doit veiller au bon déroulement du service sur l'ensemble de ces tables. Sous l'autorité du maître d'hôtel, (...)le chef de rang fait le service à table et débarrasse aidé par des commis. Lors de la mise en place des tables, il vérifie que rien ne manque ; au moment du service, il doit parfaitement bien connaître la carte et les plats pour être en mesure de répondre aux questions des clients, connaître, maîtriser toutes les techniques de présentation et de découpage, voire de flambage. À la fin du repas, il s'assure de la satisfaction des clients, effectue l'addition et encaisse leur règlement. Ses qualités principales :

- Allure, distinction et maîtrise parfaite des codes de la relation avec les clients

dernier avait décidé d'arborer des boucles d'oreilles, pendant ses heures de service en salle. La lettre de licenciement précisait au salarié que « *votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes* ». Devant la cour d'appel, l'employeur avait affirmé qu'il considérait qu'un salarié, homme, portant des boucles d'oreilles lui apparaissait comme susceptible de nuire à la renommée de son restaurant du fait de la gêne subie par les clients. Il fournissait d'ailleurs à l'appui de sa position, des témoignages de clients et d'un responsable de centre de formation. L'entreprise estimait sans doute que sa décision était justifiée et proportionnée au regard des exigences de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Toutefois, la référence au genre dans la lettre de licenciement permit au juge de se placer sous l'empire de l'article L. 1132-1. La Cour de cassation⁹²² releva que le licenciement était fondé sur l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe, et que l'employeur n'apportait aucun élément objectif étranger à toute discrimination, justifiant sa décision. Pour mémoire, bien que la situation soit différente, la Cour de justice des communautés européennes avait considéré qu'un salarié pouvait bien évidemment modifier sa tenue vestimentaire, car il avait changé de sexe, considérant donc comme illicite son licenciement en violation du principe d'égalité des sexes⁹²³.

Il est sans doute pour l'instant prématuré d'affirmer qu'au travers de cette seule décision, la Cour de cassation établit clairement sa jurisprudence sur la notion d'apparence physique⁹²⁴. Il est possible de s'interroger sur le fait que la Cour raccroche cette discrimination au sexe de la personne⁹²⁵, comme si le véritable fondement n'était pas l'apparence extérieure du salarié, autrement dit l'apparence physique au sens large, mais bien la discrimination sexuelle caractérisée par un sous élément, à savoir l'apparence vestimentaire. En effet, si la discrimination du salarié était liée à son apparence physique, nul besoin d'en référer à son appartenance sexuelle. La Cour de cassation pouvait choisir l'un des deux éléments de la définition. Ce mode d'interprétation du texte entraînerait des conséquences importantes. Ainsi, nous pourrions voir de la discrimination au regard de l'apparence physique rapportée à l'âge de la personne, ou à sa religion. Le vêtement est un vecteur de communication avec autrui. Comme le rappelait L. Gimalac⁹²⁶, « *les vêtements ne sont pas que des accessoires de mode. (...) La pression sociale reste importante et les codes vestimentaires n'ont pas disparu. (...) L'apparence peut changer mais les codes vestimentaires demeurent et conservent une haute valeur symbolique dans notre société* ». En définitive, la Cour de cassation, en raison d'une motivation peu développée, a orienté le débat sur l'apparence du salarié et non sur la discrimination sexuelle, qui semble être le véritable support de la décision.

- Connaissances approfondies des règles et des techniques du service

- Manager d'équipe

- La pratique d'une ou plusieurs langues étrangères est un plus (au moins l'anglais) Niveau d'étude bac + 2. (source : les métiers de l'hôtellerie et de la restauration, site internet syndical).

⁹²² Cass. soc. 11 janvier 2012 n° 10-28.213, sté Bessière frères, obs. B. Bossu, la Semaine Juridique Social n° 15, 10 avril 2012, 1064 ; B. Aldigé, Gaz. Pal. 1^{er} mars 2012 n° 61, p. 10 ; obs. D. Piau, idem ; F.-J. Pansier, « Du bermuda aux boucles d'oreilles », Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1^{er} mars 2012, n° 239, p. 80 ; L. Perrin, « Discrimination en raison de l'apparence physique : port de boucles d'oreilles », D. actualité, 8 février 2012 ; M. Hautefort, « Une restriction aux libertés reposant sur un motif discriminatoire est illicite », Jurisprudence Sociale Lamy 2012, p. 316 ; N. Moizard, « Justification d'une discrimination directe et exercice du pouvoir de direction », RDT 2012, p. 159.

⁹²³ CJCE plén. 30 avril 1996, JCP E, 1997, Pan. P. 593, D. 1997, sommaire p. 212, obs. Rideau.

⁹²⁴ Sur ce sujet, voir les commentaires de L. Perrin, « Discrimination en raison de l'apparence physique : port de la boucle d'oreilles » sous l'arrêt de la Cour de cassation, D. actualité _ février 2012.

⁹²⁵ Cf. L. Perrin, préc.

⁹²⁶ L. Gimalac, « La tenue vestimentaire, l'identité et le lien social dans le cadre des rapports professionnels, Petites Affiches, 20 décembre 2002, n° 254, p. 11.

Il est aussi loisible de s'interroger sur le fait que le port de ces boucles d'oreilles fut un moyen pour le salarié d'affirmer son homosexualité ? La lettre de licenciement ne permet pas de conclure sur ce point. L'article L. 1132-1 n'exige pas en tout cas que la décision de l'employeur soit effectuée en raison d'au moins deux critères, un seul suffit pour caractériser la discrimination.

B. L'apparence du salarié et les stéréotypes

Il est évident que l'apparence extérieure d'un salarié joue un rôle fondamental au regard du client et de l'image de l'entreprise, et que l'entreprise doit tout faire pour séduire le client. Lors du contact entre un client et un salarié, ce dernier personnifie, symbolise l'entreprise. L'entreprise souhaite donc éviter tout parasitage de son image par celle du salarié lui-même. Peut-elle choisir un salarié en raison de son potentiel de séduction⁹²⁷ ? Toutes les recherches menées sur ce thème, et notamment sur l'existence, peut-être condamnables moralement mais attestées scientifiquement, des effets des stéréotypes effectuées en psychologie sociale ont démontré à de nombreuses reprises, que dans le domaine professionnel, la beauté, notamment, « *fait l'objet d'attributions et de renforcements positifs.* »⁹²⁸. Cela augmente les probabilités d'embauche, induisant une surestimation des prestations et potentiels professionnels⁹²⁹. Les effets de la beauté physique « *influencent toute situation évaluative dans laquelle les personnes ont à produire formellement ou non un jugement* »⁹³⁰, semblant ainsi démontrés les principes selon lesquels « *Ce qui est beau est bon* » et « *Ce qui est beau est choisi et récompensé* »⁹³¹.

Ces salariés sont évalués de manière plus élevée dans de nombreux domaines et leur travail est estimé de meilleure qualité⁹³². De manière générale, les études démontrent que ces salariés sont mieux rémunérés, et bénéficient de davantage de recommandations et de promotions⁹³³, en résumé qu'il existe un véritable poids des apparences⁹³⁴. Pour conclure et confirmer notre propos, il a en outre été démontré que lorsque nous ne disposons d'aucune information sur la compétence de la personne, l'effet de l'apparence joue davantage⁹³⁵. La neuroéconomie a démontré récemment « *qu'un choix raisonné résulte toujours d'une opération complexe qui fait nécessairement intervenir des affects émotionnels* »⁹³⁶. L'utilisation par la publicité, dans des émissions de télévision notamment, de personnes au physique avantageux, confirme que l'entreprise est parfaitement consciente de cet impact positif commercialement.

C. L'existence des stéréotypes, cause légitime de discrimination quant à l'apparence physique ?

Il s'agit d'une question importante puisqu'à la croisée entre l'individu, ses caractéristiques, qu'il ne peut modifier ou très difficilement et les exigences économiques de l'entreprise, à savoir la satisfaction impérieuse des clients. Nous retiendrons ici la définition usuelle de l'aspect et non une définition plus extensive intégrant le port des vêtements des salariés, qui, de

⁹²⁷ Cela ne concerne que les salariés en contact avec le client.

⁹²⁸ Sonia Laberon, « Psychologie et recrutement », éditions de Boeck, 2011, 412 p, p. 159.

⁹²⁹ Cf. les études suivantes : Cash, Gillen et Burns, 1997 ; Drogosz et Levy, 1996 ; Heilman et Saruwatari, 1979 ; Heilman et Stopeck, 1985a ; Marlowe et al., 1996.

⁹³⁰ Cf. Sonia Laberon, « Psychologie et recrutement », préc. P. 159.

⁹³¹ Idem p. 159.

⁹³² Drogosz et Levy, 1996 ; Landy et Sigall, 1974.

⁹³³ Frieze, Olson et Russell, 1991 ; Jackson, 1983 ; Moore, 1998.

⁹³⁴ J.-F. Amadiou, « Le Poids des apparences. Beauté, amour et gloire », Odile Jacob, 2005.

⁹³⁵ Cf. Psychologie et recrutement, préc. p. 165.

⁹³⁶ C. Schmidt, « L'économie est-elle aujourd'hui une science expérimentale ? », Le Monde 28 septembre 2016, supplément économie et entreprise, p. 7.

facto, a déjà été traitée précédemment. Le souhait de séduire les clients, voire la demande expresse des clients sur l'apparence extérieure, peut-elle justifier une pratique discriminatoire ? La question est d'autant plus complexe qu'imposer un devoir de résistance, d'éducation aux entreprises face aux stéréotypes véhiculés par leurs clients pourraient les mettre en difficulté, comme d'ailleurs l'école libérale et notamment M. Friedman le soutient⁹³⁷. Mais, il est vrai que si l'on considère que le salarié est « *l'agent économique le plus faible* »⁹³⁸, il serait injuste de lui laisser supporter les stéréotypes circulant dans notre société au travers du « *ressenti de la clientèle* »⁹³⁹. L'entreprise serait-elle contrainte d'accepter les préjugés de ses clients ? Faut-il faire prévaloir « *les lois économiques de la concurrence sur l'égalité des personnes humaines* »⁹⁴⁰ ? Pour certains commentateurs, notamment J.-C. Moreau⁹⁴¹, il y aurait d'une part les exigences légitimes de la clientèle « *quant à la nature et à la qualité de la prestation* » et d'autre part des demandes arbitraires relatives « *à la personne même du salarié* »⁹⁴². Ces dernières ne devraient pas être traitées par l'entreprise, qui devraient se retourner contre leurs clients⁹⁴³ sur le fondement des articles 225-1 et 225-2 du code pénal réprimant la discrimination entre personnes physiques ou entre personnes morales⁹⁴⁴. La légitimité de l'objectif économique de l'entreprise ferait « *écran à l'illicéité de l'intention de la clientèle* »⁹⁴⁵. La victime de discrimination se verrait dès lors privée de recours par le jeu d'une « *immunité économique* »⁹⁴⁶. De manière sous-jacente, c'est le rôle que l'on souhaite attribuer à l'entreprise

⁹³⁷ Préc., p. 173.

⁹³⁸ J.-C. Moreau, « Les femmes voilées face au « client roi ». Libres propos sur une jurisprudence anachronique », 8 septembre 2015, <https://blogs.mediapart.fr/jean-christophe-moreau/blog>.

⁹³⁹ J. Huglo, « Le ressenti de la clientèle et la discrimination en raison des convictions religieuses », extraits du rapport, Cour de cassation, chambre sociale, 9 avril 2015, n° 13-19.855, Semaine Sociale Lamy, 2015.1672.

⁹⁴⁰ J. Savatier, « Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique », Dr. soc., 2004, p. 354.

⁹⁴¹ Préc.

⁹⁴² J.-C. Moreau, préc.

⁹⁴³ Préc. et C. Wolmark, « Le foulard dans l'entreprise. La CJUE invitée dans le débat », Dr. soc., 201, p. 648 cité par J.-C. Moreau.

⁹⁴⁴ Art. 225-1 « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs moeurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des moeurs, de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales. »

Article 225-2 : « La discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;

2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;

3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;

4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;

5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 ;

6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale.

Lorsque le refus discriminatoire prévu au 1° est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. »

⁹⁴⁵ J.-C. Moreau, préc.

⁹⁴⁶ J.-C. Moreau, préc.

au sein de notre société qui se joue ici. La responsabilité sociale de celle-ci est en débat. Soit l'on considère qu'il appartient à l'Etat d'éduquer, former ou informer les citoyens pour lutter contre les discriminations fondées sur des stéréotypes, soit l'on considère que la fonction de l'entreprise n'est pas limitée au seul champ économique et qu'elle doit jouer un rôle dans la lutte contre la discrimination, y compris auprès de ses propres clients, qui assurent pourtant sa survie et son développement. La discrimination portant sur des caractéristiques physiques du salarié est d'autant plus cruelle, que celui-ci ne peut réellement les masquer lors de l'exercice de sa fonction, contrairement à ses opinions politiques, syndicales ou religieuses.

Il semble se dégager un véritable consensus de la plupart des auteurs sur ce sujet. Pour M. Bossu⁹⁴⁷, il serait malvenu voire impossible de tenir compte des souhaits des clients « *sur l'apparence physique de ceux qui les servent* ». Et si l'on s'engageait sur cette voie, on ne saurait où s'arrêter. Il s'agirait d'éviter une glissade sur « *une pente dangereuse* » d'après P. Adam⁹⁴⁸. Pour l'Avocate générale Sharpston, lorsque la demande des clients est fondée sur un critère interdit en matière de discrimination, il n'y a aucune immunité possible⁹⁴⁹ à l'égard de l'employeur. Ces prises de position s'expliquent très clairement notamment par le fait qu' « *un travailleur ne peut pas « laisser au vestiaire » son sexe, sa couleur de peau, son origine ethnique* »⁹⁵⁰.

Pour mémoire, rappelons d'une part que la liberté d'entreprendre fait partie des principes fondamentaux de l'Union européenne⁹⁵¹ et que le Conseil constitutionnel énonçait dans une décision du 20 juillet 1988⁹⁵² à propos de la liberté d'entreprendre que « *l'employeur (...), responsable de l'entreprise, doit pouvoir en conséquence, choisir ses collaborateurs* ». Mais ainsi que le fait remarquer P. Adam « *demain, ne sera-t-on pas conduit à autoriser l'entreprise du secteur de la beauté à licencier ses salariés devenus trop laids, ou celle du secteur de la minceur à se séparer de ceux devenus trop gros ?* »⁹⁵³.

Le défenseur des droits français a d'ailleurs pris une position très explicite à l'égard de la société Abercrombie qui recrutait ses vendeurs et managers de magasins de prêt-à-porter en fonction de leur aspect physique. Celui-ci a rendu une décision le 3 novembre 2014⁹⁵⁴ dans laquelle il formulait plusieurs recommandations et interdisant cette pratique de recrutement. La société a annoncé la modification de ses pratiques en France⁹⁵⁵ au mois d'avril 2015. Concrètement, il semble évident que pour vendre un produit quel qu'il soit, il serait hors de propos de présenter un salarié dont le comportement ou l'aspect envoie un message contraire à celui recherché. Il est peu probable qu'une entreprise souhaitant vanter des régimes amincissants, présentent des personnes en surpoids manifeste : autant ne pas faire de publicité. D'autre part, au vu des mécanismes psychologiques à l'œuvre, il est certain que l'apparence physique du salarié peut

⁹⁴⁷ Commentaire de M. B. Bossu de la décision Cass. Soc. 11 janvier 2012, Semaine Juridique Social n° 15, 10 avril 2012, p.1164.

⁹⁴⁸ P. Adam, « La crèche et l'au-delà » Semaine Sociale Lamy, 2011, p. 1515.

⁹⁴⁹ Conclusions déposées le 13 juillet 2016, affaire Asma Bougnaoui Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contre Micropole SA, C-188/15, § 133.

⁹⁵⁰ Conclusions de l'Avocate générale Kokott présentées le 31 mai 2016, Samira Achbita

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contre G4S Secure Solutions NV, C-157/15, § 116.

⁹⁵¹ 9 septembre 2004, Espagne et Finlande/Parlement et Conseil, C-184/02 et C-223/02, § 51.

⁹⁵² N° 88-244 DC, considérant 22.

⁹⁵³ P. Adam, « La crèche et l'au-delà », Semaine sociale Lamy, 2011, n° 1515.

⁹⁵⁴ MLD-2014-147.

⁹⁵⁵ Actualité du Défenseur des droits, 29 avril 2015, « Abercrombie & Fitch : grâce au Défenseur, la société annonce la fin des recrutements discriminatoires. », <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/actualites/abercrombie-and-fitch-grace-au-defenseur-la-societe-annonce-la-fin-de-recrutements>.

être un critère important lors de la réalisation d'une vente, malheureusement. L'acte d'achat n'est jamais fondé uniquement sur un motif rationnel comme nous l'avons évoqué.

D'après M. Bossu⁹⁵⁶, la CJCE dans une décision du 10 juillet 2008 aurait refusé la discrimination fondée sur les préférences des clients⁹⁵⁷, en précisant que « *l'affirmation...selon laquelle les clients ne sont pas favorablement disposés à l'égard d'employés d'origine ethnique déterminée est totalement dénuée de pertinence pour la question de l'application de la directive* »⁹⁵⁸. Cette interprétation est semble-t-il prématurée, car ce postulat ne se trouve qu'au sein des conclusions de l'avocat général Poiares Maduro⁹⁵⁹ et non dans la décision elle-même. En revanche, la Cour a bien constaté l'existence d'une présomption de discrimination directe basée sur les propos du chef d'entreprise, ce qui ne faisait aucun doute.

Pour mémoire, dans cette affaire caricaturale, le dirigeant d'une entreprise belge spécialisée dans la vente et l'installation de portes basculantes avait déclaré publiquement, que son entreprise cherchait à embaucher des installateurs, mais qu'il ne pouvait s'agir d'« *allochtones* » « *en raison des réticences de la clientèle à leur donner accès, le temps des travaux, à leur domicile privé.* » L'employeur visait plus particulièrement des travailleurs d'origine marocaine. Le 28 avril 2005, le quotidien De Standaard avait publié un entretien réalisé avec M. Feryn, un des directeurs de la société, sous l'intitulé « *les clients ne veulent pas de Marocains* ». Ce dernier avait tenu les propos suivants : « *À l'exception de ces Marocains, personne d'autre n'a réagi à notre appel [...] mais nous ne cherchons pas de Marocains. Nos clients n'en veulent pas. Ils doivent installer des portes basculantes dans des maisons privées, souvent des villas, et les clients ne veulent pas les voir entrer chez eux* ».

En outre, M. Feryn participant à une interview à la télévision belge nationale avait confirmé sa position en déclarant : « *Beaucoup de nos représentants se présentent chez nos clients (...) Tout le monde fait placer un système d'alarme et a actuellement très peur. Ce ne sont pas les immigrés qui cambriolent. Je ne vais pas prétendre cela, je ne suis pas raciste. Ce sont tout autant des Belges qui font des cambriolages. Mais les gens ont apparemment peur. Donc on dit souvent : pas d'immigrés [...] Je dois répondre aux exigences de mes clients. (...). Nous devons répondre aux exigences des clients. Ce n'est pas mon affaire. Ce n'est pas moi qui ai créé ce problème en Belgique. Je veux faire tourner ma société et qu'à la fin de l'année, le chiffre d'affaires soit atteint et comment j'y parviens [...] Je dois l'obtenir en me conformant aux désirs du client !* ». En résumé, le dirigeant précisait qu'il ne faisait que se conformer aux désirs de ses clients, victimes de stéréotypes.

Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, organisme belge créé dans ce but, va saisir le Tribunal du travail de Bruxelles qui rejettera sa demande, au motif qu'il n'y avait ni preuve ni présomption de ce qu'une personne se soit portée candidate à un emploi et qu'elle n'ait pas été engagée en raison de son origine ethnique. La Cour du travail de Bruxelles fut saisie et décida de sursoir à statuer, en saisissant la Cour européenne de plusieurs questions préjudicielles relatives à l'interprétation de la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000. Les juges ont considéré que ces paroles étaient de nature à dissuader des candidats d'origine étrangère de postuler dans cette entreprise et qu'il importait peu qu'une personne en particulier soit déclarée comme victime de ces propos. Ces déclarations publiques ont été considérées comme suffisamment explicites, ce qui est une évidence pour démontrer une présomption de

⁹⁵⁶ Préc.

⁹⁵⁷ Aff. C-54/07, Feryn, pt 18, JCP S 2008, 1520, note J. Cavallini ; RJS 2008, n° 1136.

⁹⁵⁸ B. Bossu, préc. et directive 2000/43/CE portant sur la discrimination.

⁹⁵⁹ Conclusions présentées le 12 mars 2008, Rec. de jurisprudence 2008 page I-05187, affaire C-54/07.

politique discriminatoire à l'embauche. L'affaire est sans nuance, caricaturale, mais elle a le mérite de poser clairement la question des limites que l'entreprise doit s'imposer en raison des stéréotypes dont ses clients et peut-être elle-même sont porteurs. Appartient-il à l'entreprise de tenter de modifier un état d'esprit chez ses clients ou prospects, de les éduquer ?

Contrairement, aux symboles religieux pour lesquels la clientèle a émis une demande, il n'existe pas pour l'instant à notre connaissance d'affaires portée devant la chambre sociale où la clientèle demande expressément d'écarter ou d'embaucher un salarié en raison de son apparence extérieure. Toutefois, si l'on écarte la jurisprudence relative au port de symboles religieux, il semble que la chambre sociale de la Cour de cassation ne soit pas favorable à l'acceptation de l'exigence de l'utilisation des stéréotypes de la clientèle comme motif légitime d'une discrimination relative à l'aspect extérieur du salarié. Celle-ci a eu récemment deux affaires assez proches où la notion d'attentes des clients étaient invoquées sans que celles-ci ne soit retenues. Toutefois, contrairement à ce qu'évoque C. Wodmark⁹⁶⁰, la chambre sociale n'a pas écarté formellement et expressément les demandes de la clientèle comme motif justifiant une discrimination.

Dans la première décision du 11 janvier 2012 portant sur le licenciement d'un salarié chef de rang au sein d'un restaurant renommé, qui avait décidé de porter des boucles d'oreilles⁹⁶¹, la discrimination avait été retenue. Toutefois, elle ne porte pas sur l'apparence physique stricto sensu. L'employeur avait fourni les témoignages de trois clients, mais les juges du fond ne les avaient pas retenus en qualifiant ces derniers de subjectifs. Comme nous l'indiquions précédemment, le juge aurait pu remettre en cause la validité ou véracité de ces témoignages, mais ce n'est pas le cas. Il précise qu'il ne s'agit pas d'éléments objectifs, mais « *d'un jugement de valeur* ». En résumé, le positionnement des clients, leur exigence ne sont pas considérés comme un élément fiable. Toutefois comme le note fort justement N. Moizard, la rédaction même de la décision de la chambre sociale pourrait laisser entendre qu'elle peut admettre « *la justification d'une discrimination directe* »⁹⁶². En effet, celle-ci affirme que l'employeur ne « *justifiait pas sa décision de lui imposer d'enlever ses boucles d'oreilles par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* », alors qu'elle aurait dû faire application de l'article L. 1134-1 du Code du travail.

L'âge des salariés peut également être un sujet de stéréotypes, et est directement lié à l'apparence extérieure des salariés. Pour mémoire, rappelons que l'article L. 1133-1 du Code du travail précise que l'article L.1132-1 du Code ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. L'article L. 1133-2 du Code du travail poursuit en précisant que « *Les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.* »

Ces différences peuvent notamment consister en :

⁹⁶⁰ Préc.

⁹⁶¹ Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213, Bull. civ. V, n° 12 ; D. 2012. 290 ; ibid. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Dr. soc. 2012. 346, note J.-P. Lhernould ; RDT 2012. 159, obs. N. Moizard ; RTD civ. 2012. 288, obs. J. Hauser ; JCP 2012. 489, note M. Mercat-Bruns

⁹⁶² N. Moizard, « Justification d'une discrimination directe et exercice du pouvoir de direction », RDT 2012.159, à propos de la décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 janvier 2012.

- 1° L'interdiction de l'accès à l'emploi ou la mise en place de conditions de travail spéciales en vue d'assurer la protection des jeunes et des travailleurs âgés ;
 2° La fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

Les textes énumérant la liste des buts légitimes, il est loisible de constater que celles-ci n'est pas exhaustive par l'utilisation de l'adverbe « *notamment* ».

Dans une décision de la chambre sociale du 17 mars 2015⁹⁶³, une décision du syndicat des moniteurs de ski de mettre en place un pacte intergénérationnel organisant la réduction d'activité des moniteurs âgés de 61 ans et plus, afin de favoriser la titularisation de jeunes moniteurs était contestée. Ce pacte était une nouvelle version d'un premier accord annulé par le tribunal de grande instance d'Albertville dans une décision du 21 février 2012 pour discrimination fondée sur l'âge. Une étude avait démontré que jusqu'à 56 % des moniteurs âgés de 70 ans et 10 à 14 % des moniteurs âgés de 80 ans, restaient en activité et que cela limitait l'intégration de nouveaux moniteurs diplômés. Cette décision fut attaquée de nouveau sur le fondement de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge des moniteurs.

En préambule, il convient de rappeler que la Cour de Justice de l'Union Européenne a posé le principe dans une décision du 13 septembre 2011⁹⁶⁴ que lorsque des partenaires sociaux « *adoptent des mesures entrant dans le champ d'application de la directive 2000/78, laquelle concrétise, dans le domaine de l'emploi et du travail, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, les partenaires sociaux doivent agir dans le respect de cette directive* ». L'Etat membre n'est donc pas le seul à pouvoir agir dans ce domaine, et une réglementation professionnelle s'appliquant à des travailleurs indépendants doit donc être conforme à cette directive sur le plan de la discrimination.

Suite à une première décision du tribunal d'instance de Grenoble du 18 mars 2013 invalidant le pacte, la Cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 30 septembre 2013 retint comme légitime le motif selon lequel les effectifs devaient être diversifiés pour satisfaire la clientèle en répondant au besoin de formation sur les nouvelles techniques de glisse et assurer l'enseignement à de jeunes enfants, tout cela nécessitant notamment une forme physique adaptée, et qu'en outre cela permettait d'intégrer des moniteurs plus jeunes et que le principe de proportionnalité était respecté. Bien que la Cour d'appel fasse référence à l'article 4 de la loi, il semble qu'il s'agisse d'une erreur de plume, car le texte ne correspond pas aux arguments invoqués. Elle semble plutôt utiliser l'article 4 de la directive européenne n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000. Pour mémoire, rappelons que l'article 6 de la directive traite plus particulièrement des justifications de traitement fondées sur l'âge. Ces différences ne constituent en aucun cas une discrimination, dès lors qu'elles sont « *objectivement et raisonnablement justifiées, (...) par un objectif légitime* », notamment de politiques de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens sont appropriés et nécessaires. Alors que l'article 4 de la directive ne vise que les écarts de traitement en lien avec les motifs énoncés dans son article 1^{er}, « *dès lors en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ».

⁹⁶³ Semaine Juridique Sociale, n° 36, 1^{er} septembre 2015, 1298, commentaire B. Bossu ;

⁹⁶⁴ CJUE, 13 septembre 2011, Prigge e.a., C-447/09, points 46 et 48.

La chambre sociale, statuant contre l'avis de l'Avocat général, se fondant sur l'article 6 paragraphe 1 de la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et l'article L. 1133-2 du Code du travail considéra à l'inverse, que le pacte ne prévoyait pas une garantie d'activité minimale pour les moniteurs nouvellement intégrés sans préciser d'âge, « *de sorte qu'il n'est pas établi que la redistribution d'activité des moniteurs âgés de plus de 61 ans bénéficiera exclusivement aux jeunes moniteurs* », reprenant ainsi la seconde branche du moyen unique. En outre, la Cour précise que la différence de traitement fondée sur l'âge devait être « *objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime d'intérêt général, tenant notamment à la politique de l'emploi, au marché du travail ou à la formation professionnelle* », et que « *la prise en compte d'un intérêt purement individuel et propre à la situation des écoles de ski désireuses de répondre à la demande de la clientèle* », ne pouvait être considérée comme légitime.

Pour mémoire, la Cour de justice de l'Union européenne a posé le principe dans une décision du 22 novembre 2005 que « *le principe de non-discrimination en fonction de l'âge était un principe général de droit communautaire* »⁹⁶⁵. La directive 2000/78 prévoit des exceptions au principe de discrimination dans son article 6, en lien avec la politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle. La Cour a d'ailleurs précisé dans la décision du 12 octobre 2010⁹⁶⁶ que la liste présente dans la directive n'avait qu'une valeur indicative. Les Etats membres peuvent inclure des exemples de différence de traitement et d'objectifs autres que ceux expressément visés. La CJUE reste assez souple dans son appréciation de l'équilibre réalisée entre la mesure concernant l'âge, et les objectifs poursuivis.

Pour conclure sur la décision relative aux moniteurs de ski, la Cour de justice, dans une décision du 12 janvier 2010⁹⁶⁷ avait accepté la légalité d'une clause de limite d'âge maximal pour les pompiers allemands à 30 ans en considérant l'aptitude physique comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante. De même, elle avait jugé conforme aux normes européennes, la limite d'âge de 68 ans imposée aux dentistes conventionnés sous certaines conditions, notamment du respect d'un équilibre démographique dans la profession⁹⁶⁸. La réglementation espagnole autorisant les conventions collectives à fixer la limite d'âge à 65 ans, dès lors que cette norme était adoptée en vue d'essayer d'enrayer le chômage, par une meilleure distribution du travail entre les générations⁹⁶⁹. La mise à la retraite d'office des professeurs d'université lorsqu'ils atteignent l'âge de 68 ans, ainsi que la poursuite de leur activité à partir de l'âge de 65 ans uniquement au moyen de CDD d'un an renouvelables deux fois a été considéré comme un objectif légitime notamment pour « *la mise en place d'un enseignement de qualité et la répartition optimale des postes de professeur entre les générations* »⁹⁷⁰. La mise à la retraite d'office des procureurs dès lors qu'ils atteignent l'âge de 65 ans, en leur permettant de travailler jusqu'à l'âge de 68 ans est tout aussi légitime, dans la mesure où cela permet « *d'établir une structure d'âge équilibrée afin de favoriser l'embauche et la promotion des jeunes, d'optimiser la gestion du personnel et par là même de prévenir les litiges éventuels portant sur l'aptitude du salarié à exercer son activité au-delà d'un certain âge* »⁹⁷¹. A contrario, la limite d'âge fixée à 60 ans pour les pilotes, alors que les réglementations nationales et internationales fixent celle-ci à 65 ans, « *n'est pas une mesure nécessaire à la sécurité*

⁹⁶⁵ CJUE, 22 novembre 2005, Werner Mangold, C-144/04.

⁹⁶⁶ Gisela Rosenblatt, C-45/09.

⁹⁶⁷ CJUE, 12 janvier 2010, Colin Wolf, C-229/08.

⁹⁶⁸ CJUE, 12 janvier 2010, Domnica Petersen C-341/08.

⁹⁶⁹ CJUE, 16 octobre 2007, Felix Palacios de la Villa c/ Cortefiel Servicios SA, C-411/05.

⁹⁷⁰ CJUE, 18 novembre 2010, Vasil Ivanov Georgiev, C-250/09.

⁹⁷¹ CJUE, 21 juillet 2011, Gerhard Fuchs et Peter Köhler, C-159/10 et C-160/10.

publique et à la protection de la santé »⁹⁷². En conclusion sur ce point, il ne semble pas au vu de la jurisprudence disponible sur ce thème que l'existence de stéréotypes soit une cause justificative de discrimination quant à l'apparence physique du salarié.

D. La demande expresse du client, cause légitime de discrimination sur l'apparence physique ?

Comme nous l'avons évoqué pour la discrimination en raison du port de vêtements pour motif religieux, et pour éviter toute redite, nous pouvons affirmer que l'entreprise ne peut céder à une demande d'un client fondée sur un critère prohibé par les textes européens, notamment par les directives n° 2000/78 et 2000/43, mais qu'en revanche, elle peut accepter une demande relative à un code neutre. Cela signifie en matière d'apparence physique, qu'elle ne peut accepter une discrimination fondée sur une demande d'un client relative à l'apparence physique se référant notamment au handicap, à l'âge⁹⁷³, la race, l'origine ethnique⁹⁷⁴ ou le sexe⁹⁷⁵. L'article L. 1132-1 du Code du travail mentionne outre l'apparence physique stricto sensu des éléments relatifs à l'origine, le sexe, l'identité sexuelle, l'âge, la grossesse, les caractéristiques génétiques, l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, l'état de santé ou le handicap. En conclusion, l'entreprise ne pourrait répondre favorablement à une demande d'un client relative à ces salariés, fondée sur l'ensemble des critères précédemment énoncés.

En revanche, l'employeur pourrait-il, de son propre chef, mettre en place un code « neutre » relatif à l'apparence physique, cette dernière étant entendu dans sa définition stricte. Cela reste possible sur des caractéristiques très limitées, sur lesquelles le salarié peut avoir une influence et qui vont rester en lien avec l'apparence. Il pourrait s'agir de la taille des ongles, de la coiffure. Bien sûr, la mise en place de ce code devra répondre aux autres conditions dictées par les directives européennes et de notre droit du travail, notamment en termes de proportionnalité et de légitimité de l'objectif, de contact avec la clientèle.

E. Le recours à la notion de troubles objectifs : une solution pour l'employeur ?

De nouveau, il est permis de se demander si le recours à la notion de troubles objectifs ne permettrait pas à l'employeur d'évincer les discussions précédentes. L'hypothèse serait que par son apparence physique, le salarié crée un trouble objectif au sein de l'entreprise. Cette situation ne s'envisage sérieusement, à notre sens, qu'en retenant une notion large de l'apparence extérieure. Dans l'affaire du chef de rang aux boucles d'oreilles, rien ne permet de considérer définitivement que la notion de troubles objectifs n'aurait pu être invoquée. En effet, le juge porte une appréciation, comme nous l'avons énoncé précédemment, désignant comme subjectifs les témoignages des clients. Il est difficile d'imaginer la solution retenue par le juge en l'absence de référence au genre dans la lettre de licenciement. En outre, il faut rappeler que la notion de troubles objectifs ne peut être invoquée qu'en l'absence d'entorses aux normes de l'entreprise pendant le temps de travail. Sinon, il s'agirait d'un licenciement pour motif disciplinaire. Cela restreint les hypothèses. En effet, soit l'apparence physique du salarié est contractualisée et l'atteinte à cette règle peut éventuellement être sanctionnée⁹⁷⁶ de façon

⁹⁷² CJUE, 13 septembre 2011, Reinhard Prigge e.a, C-447/09.

⁹⁷³ Article 1 de la directive n° 2000/78.

⁹⁷⁴ Article 1 de la directive n° 2000/43.

⁹⁷⁵ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

⁹⁷⁶ Nous faisons référence notamment aux contrats de mannequins par exemple.

disciplinaire. Soit, celle-ci ne l'est pas et il faut dès lors qu'elle produise un trouble caractérisé, que ce soit au cours de sa vie personnelle ou de son travail, sans enfreindre une règle de l'entreprise. Comme on peut le voir, l'hypothèse du recours à la notion de troubles objectifs est possible mais extrêmement restreinte.

En conclusion sur ce présent chapitre, nous avons pu observer que le juge adopte globalement une vision protectrice des intérêts de l'entreprise, au détriment de la liberté vestimentaire des salariés en n'exigeant pas la réalité de la présence du client, mais simplement l'éventualité de celle-ci pour confirmer la validité de sanction sévère, telle que le licenciement. De plus, il permet à l'entreprise d'imposer à ses salariés une restriction à la liberté religieuse, liberté fondamentale, toujours en présence réelle ou éventuelle d'un client. Nous avons aussi pu constater que les solutions jurisprudentielles peuvent se trouver en contradiction notamment lorsque l'on compare les solutions adoptées sur le fondement des troubles objectifs et celles fondées sur la discrimination. Enfin, les textes relatifs aux libertés et à la discrimination n'étant pas identiques, notamment pour les motifs justificatifs de celle-ci, la CEDH et la CJUE n'adoptent pas exactement la même approche. Le juge va devoir être attentif à conserver une cohérence d'ensemble ainsi qu'entre ses positions sur la possibilité de mise en place d'un code neutre par l'employeur, et la réponse de l'employeur à une demande d'un client relatif à ces salariés. Les réponses aux questions préjudicielles en cours auprès de la CJUE vont permettre de vérifier le maintien ou la modification de la jurisprudence actuelle.

Chapitre 3. Le client et la liberté d'expression du salarié⁹⁷⁷

L'étude de la jurisprudence relative à la liberté d'expression nous permet d'observer la manière dont le juge aborde la conciliation entre cette liberté fondamentale du salarié et la liberté d'entreprendre. Cela va nous permettre d'observer une cohérence dans l'approche du juge, notamment au regard de sa position sur la liberté religieuse, autre liberté fondamentale. La liberté d'expression est l'un des acquis fondamentaux de notre démocratie, qui ne peut être limité à la légère. La proximité du client justifie-t-elle cette atteinte ? L'intérêt de l'entreprise doit-il prévaloir sur cette liberté fondamentale du salarié ? Nous définirons dans un premier temps cette liberté puis examinerons le raisonnement jurisprudentiel au travers des sanctions des propos tenus par le salarié, que ce soit oralement, par écrit ainsi que par l'intermédiaire des nouveaux supports de communication, notamment les réseaux sociaux, dont l'usage a relancé le débat sur ce point.

Section 1. Le contour de la liberté d'expression

La liberté d'expression bénéficie de plusieurs définitions selon la source de protection de celle-ci. Ainsi l'article 19 alinéa 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques définit celle-ci comme la liberté à la fois de « *rechercher, recevoir, et répandre des informations et des idées* » par tout moyen. L'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme associe liberté d'opinion et liberté d'expression. L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme définit la liberté d'expression comme « *la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ou des idées* ». Quant à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, il considère la liberté d'expression comme « *la libre communication des pensées et des opinions* ».

Il existe entre les notions d'opinion et d'expression, un rapport de chronologie. L'individu se forge déjà son opinion⁹⁷⁸ avant de l'exprimer s'il le juge opportun. Il n'y a pas de confusion possible entre les deux⁹⁷⁹. En théorie, la liberté d'opinion ne nécessite pas nécessairement la liberté d'expression, et la liberté d'expression nécessite bien évidemment la liberté d'opinion, même s'il est difficile de concevoir une disparition de cette dernière. La liberté d'expression qui constitue ici l'objet de notre propos peut revêtir de nombreuses formes, et utiliser de nombreux supports. Ainsi, toute action, dès lors qu'est sous-jacente une volonté de communiquer un message peut relever de la liberté d'expression. La Cour européenne a d'ailleurs confirmé que de nombreux actes constituaient un moyen d'expression⁹⁸⁰.

Il existe deux typologies de liberté d'expression dont bénéficie le salarié. Les articles L. 2281-1 et s. du Code du travail organise l'usage du droit d'expression des salariés au sein de leur entreprise et au cours de leur temps de travail, relatif au contenu, aux conditions d'exercice et à l'organisation de celui-ci. Ce droit d'expression ne peut motiver une sanction, notamment un

⁹⁷⁷ Cela s'entend hors expression de la foi déjà traitée précédemment.

⁹⁷⁸ L'opinion est définie comme une « *manière de pensée* », un avis, une idée, un point de vue, Dictionnaire, Le Robert, 2005 et Dictionnaire Hachette, 2009.

⁹⁷⁹ Cf. P. Bèfre, « La liberté d'expression des salariés », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 424 p., p. 18.

⁹⁸⁰ Pour un exemple, CEDH, 25 novembre 1999, Hasmann et Harrup c. Royaume-Uni, n° 25594/94, § 28. Dans cette affaire, deux citoyens anglais avaient entraîné la perte d'un chien lors d'une chasse au renard, en sonnant du cor et en lançant des huées. Ils avaient été condamnés pour la gêne occasionnée, mais la Cour avait considéré qu'il s'agissait de l'expression de leur liberté d'expression.

licenciement⁹⁸¹, sauf usage abusif de celui-ci⁹⁸². Il est exercé de façon collective, au sein de réunions. Comme le remarquent plusieurs auteurs⁹⁸³, ce droit n'a pas connu de « *résultats très probants* », mais il pourrait connaître une « *résurrection* » par le biais de l'accord interprofessionnel du 19 juin 2013 et son article 12 relatif à ce sujet.

D'autre part, le juge reconnaît au salarié une liberté d'expression portant sur son entreprise, à la fois au sein et en dehors de celle-ci. Là encore, la limite posée à l'exercice de cette liberté fondamentale réside dans l'usage abusif de celle-ci⁹⁸⁴. Dans la décision « *Clavaud* » du 28 avril 1988, la chambre sociale de la Cour de cassation devant se prononcer sur la validité du licenciement d'un ouvrier dont les propos sur les conditions de travail avaient été publiés dans la presse écrite, énonça très clairement le principe selon lequel l'exercice de la liberté d'expression hors de l'entreprise s'exerçait « *dans toute sa plénitude* », sauf abus⁹⁸⁵. Une seconde limite réside dans l'interdiction de diffusion d'informations dont le salarié aurait connaissance dans le cadre de son travail et qui disposerait d'une obligation de non-divulgateion comme l'évoque P. Bèfre⁹⁸⁶. L'obligation contractuelle de loyauté qui s'impose tant à l'employeur qu'au salarié, génère deux restrictions à la liberté d'expression de ce dernier. D'une part, il est bien sûr tenu d'une obligation de réserve, de confidentialité sur certaines informations dont il est détenteur dans le cadre de sa fonction. D'autre part, il est bien sûr contraint de ne pas s'exprimer de façon manifestement dénigrante à l'égard de son entreprise, avec le comme note fort justement P. Bèfre, une approche « *nécessairement subjective* » quant à la frontière à ne pas dépasser⁹⁸⁷.

Concernant les propos tenus hors temps de travail, l'employeur peut sanctionner le salarié sur le fondement d'une violation de ses obligations contractuelles, à savoir son obligation de loyauté. Dans une décision de la chambre sociale du 3 mai 2011, celle-ci précisait « *qu'un motif tiré de la vie personnelle du salarié ne peut, en principe, justifier un licenciement disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail* »⁹⁸⁸. Le Conseil d'Etat a la même appréciation⁹⁸⁹. L'entreprise peut aussi se placer sur le terrain du trouble objectif, dans le cadre d'un licenciement non disciplinaire.

Le juge adopte une attitude ambivalente à l'égard de la protection de l'entreprise en ne sanctionnant que l'abus manifeste du salarié et en ayant une vision pour le moins très restreinte de celui-ci, tout en élargissant le champ de contrôle de l'employeur.

Section 2. L'exercice de la liberté d'expression

La liberté d'expression constitue un autre champ sur lequel les droits ou libertés du salarié et ceux de l'entreprise se confrontent inévitablement.

⁹⁸¹ Art. L. 2281-3 du Code du travail.

⁹⁸² Cass. soc. 20 janvier 1993, n° 91-43.652, à propos de « critiques excessives et malveillantes à l'égard de son employeur et de sa gestion », justifiant un licenciement pour faute grave.

⁹⁸³ « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié », préc. p. 102.

⁹⁸⁴ Cf. notamment Cass. soc. 29 novembre 2006, n° 04-48.012 relatif au licenciement pour faute grave d'un directeur de foyer, suite à la rédaction d'une lettre contenant « de critiques visant l'association, faites sous forme de questions insolentes et de sous-entendus injurieux, formulés de façon dénigrante, sur un mode polémique ou par insinuations, et de nature à la discréditer ainsi que son président ».

⁹⁸⁵ N° 87-41.804, Bull. V, n°257.

⁹⁸⁶ P. Bèfre, « La liberté d'expression des salariés », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 424 p., p. 224.

⁹⁸⁷ Cf. P. Bèfre, préc. p. 223, § 479.

⁹⁸⁸ Cass. soc. 3 mai 2011, n° 09-67464, Bull. civ. V, n° 105 ; JCP S 2011, n° 1312, note D. Corrigan-Carsin.

⁹⁸⁹ CE 15 décembre 2010, SSL 2011, n° 1481, p.6, M. Ch. Rouault ; Gaz. Pal. 2011, p. 12, note D. Baugard ; RDT 2011, p. 116, note P. Adam ; JCP S 2011, n° 1247, note J.-Y Kerbourc'h.

Les confrontations se situent sur plusieurs champs :

- D'une part la possibilité pour le salarié de s'exprimer, quelle qu'en soit la modalité (oralement, par écrit, e-mail, etc...).
- D'autre part le contenu du propos.

Il paraît donc pertinent d'examiner la manière dont le juge va résoudre le conflit entre ces libertés, et s'il cède à la protection des intérêts de l'entreprise où plutôt à la préservation des libertés du salarié, et surtout s'il met en place un traitement différencié en fonction de la proximité des clients.

I. Le principe

Comme nous l'indiquions précédemment, l'article 2281-1 du Code du travail pose le principe d'un droit d'expression direct et collectif des salariés sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail, qui ne peut motiver une sanction ou un licenciement. Il s'exerce sur le lieu et pendant le temps de travail. L'article L 2281-2 précise qu'il s'agit d'une expression directe et collective, et qu'elle a « *a pour objet de définir les actions à mettre en œuvre pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production.* »

Depuis l'arrêt Dunlop/Clavaud⁹⁹⁰ du 28 avril 1988, suivi de l'arrêt Brenner du 16 novembre 1993⁹⁹¹, la valeur constitutionnelle de cette liberté n'est plus contestée, et a conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à imposer la réintégration d'un salarié y compris en l'absence de texte la prévoyant ou d'un texte frappant le licenciement de nullité. Toutefois les textes fondamentaux prévoient aussi les limites à cette liberté. L'article 10 paragraphe 2 de la Convention Européenne des droits de l'homme dispose que « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique (...), à la protection de la réputation ou des droits d'autrui* ». L'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme précise que « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance de ces mêmes droits.* »

Plus communément, la liberté d'expression est contrainte par le respect de la dignité d'autrui⁹⁹², la diffamation⁹⁹³ et l'injure⁹⁹⁴. L'employeur peut aussi invoquer la violation de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat, édictée par le nouvel article 1104 du Code civil⁹⁹⁵, ou l'obligation de loyauté⁹⁹⁶.

⁹⁹⁰ Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41.804, Bull. civ. V, n°257 ; Dr. soc. 1988, p. 428, conclusions de l'avocat général Ecoutrin et observations G. Couturier.

⁹⁹¹ RJS 1/94, n° 63.

⁹⁹² Cons. const. n° 94-343/344 DC du 27 juill. 1994.

⁹⁹³ Les articles R 621-1 et R 624-3 du Code pénal répriment la diffamation non publique et les articles 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse visent la diffamation publique.

⁹⁹⁴ Les injures sont réprimées par les articles 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, et les injures non publiques sont réprimées par les articles R 621-1 et R 621-2 du Code pénal.

⁹⁹⁵ Ancien article 1134 al. 3 du Code civil.

⁹⁹⁶ Cf. Cass. soc. 3 décembre 2008 n° 07-42.331 et 07-42.332.

II. La mise en œuvre jurisprudentielle du principe

Le salarié peut avoir à converser avec un client, dans l'entreprise ou en-dehors, pendant son temps de travail ou en-dehors de celui-ci, oralement ou par écrit. La Cour de cassation considère que le salarié jouit dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, sous réserve de respecter ses obligations notamment de discrétion et de loyauté⁹⁹⁷, et d'éviter tout abus. La Cour sanctionne donc l'abus que ce soit dans l'entreprise⁹⁹⁸ ou hors de ses murs. Toutefois, elle opère un examen de celui-ci⁹⁹⁹ en utilisant comme critère la référence à des propos « *injurieux, diffamatoires ou excessifs* »¹⁰⁰⁰. Les caractéristiques du critère ne sont pas cumulatives. Si le propos est simplement injurieux, ou diffamatoire ou excessif, cela suffit à caractériser l'abus. En outre, cette liberté peut être restreinte dès lors que la justification se trouve dans la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹⁰⁰¹ en application de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Bien évidemment, les propos doivent avoir été tenus publiquement, mais nous observerons des exceptions à ce principe. Evidemment, l'appréciation des juges du fond va jouer un rôle crucial.

Le juge comme l'entreprise n'utilisent qu'exceptionnellement le recours à la notion de troubles objectifs dans cette situation. L'hypothèse est celle où l'exercice par le salarié de son droit d'expression hors de l'entreprise n'est pas abusif, mais crée un véritable trouble au sein de celle-ci. Ainsi, dans une affaire où un journaliste avait publié un ouvrage sur le mur de séparation entre Israël et la Palestine, entretenant la polémique sur des médias autres que celui de son entreprise, et générant une vague de protestations de ses propres collègues, la chambre sociale de la Cour de cassation semble dans sa formulation indiquer que le recours à la notion de troubles objectifs aurait été possible¹⁰⁰².

De même, le recours à l'obligation de loyauté à l'égard de l'employeur ne peut être mobilisé en cas de propos excessifs. La chambre sociale, dans le cadre du licenciement d'un délégué général d'une association de médecine du travail, qui avait dénoncé les dysfonctionnements d'un adhérent¹⁰⁰³. La Cour d'appel avait confirmé le bien fondé du licenciement sur la rupture de l'obligation de loyauté du salarié. La Cour de cassation cassa l'arrêt en l'absence de caractérisation de termes « *injurieux, diffamatoires ou excessifs* ». La Cour affirme ici que c'est bien la théorie de l'abus qui doit être utilisée.

Les propos peuvent concernés plusieurs situations :

- Les clients eux-mêmes,
- La direction,
- Les autres salariés,
- Le fonctionnement de l'entreprise.

⁹⁹⁷ Cf. Cass. soc. 14 déc. 1999, n° 97-41.995, RJS 2/00 n° 192 ; Cass. soc. 22 juin 2004 n° 02-42.446 RJS 11/04 n° 1120 et Cass. soc. 3 décembre 2008 n° 07-42.331 et 07-42.332

⁹⁹⁸ Cf. par exemple Cass. soc. 30 oct. 2002, n° 00-40.868, jurisdata n° 2002-016283 ; Dr. soc. 2003, p. 136, obs. F. Duquesne.

⁹⁹⁹ Cf. par exemple Cass. soc. 19 oct. 2010, n°09-42.180.

¹⁰⁰⁰ Cf. par exemple Cass. soc. 9 janvier 2008, n° 06-44.522.

¹⁰⁰¹ Cf. Cass. Soc. 30 oct. 2002 préc.

¹⁰⁰² Cass. soc. 9 mars 2011, n° 09-42.150, Bull. V, n° 69. Cf en ce sens, Ph. Waquet, Y. Struillou, L. Pécaut-Rivolier, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié », préc. , p. 300.

¹⁰⁰³ Cass. soc. 23 septembre 2015, n° 14-14.021, JCP S n° 48, 24 novembre 2015, 1429, note B. Bossu.

Il convient d'étudier la typologie des décisions pour examiner une éventuelle différence d'approche par le juge selon que l'abus est pratiqué à l'extérieur de l'entreprise, ou à l'intérieur, que ce soit auprès du personnel, ou de la direction, des clients.

Comme nous allons le voir, le juge utilise non seulement exactement les mêmes critères, sans accorder une protection supplémentaire lorsque l'abus s'effectue à l'extérieur de l'organisation, et il n'existe pas non plus de différence quant à la sanction. Il s'agit toujours d'un licenciement. Les critères utilisés sont non seulement identiques, mais utilisés de la même manière par les juridictions. Le salarié dispose donc de la même liberté d'expression à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise, dès lors que ces propos ne sont ni « *injurieux, diffamatoires ou excessifs* ». Il peut ainsi critiquer publiquement les décisions de sa direction, dès lors qu'il respecte les critères énoncés, dénoncer des pratiques de l'entreprise auprès du public ou d'institutions, à condition bien sûr que ces propos soient exacts. La subjectivité réside dans la caractérisation des propos. Dans certains cas, des propos similaires seront jugés excessifs, alors que dans d'autres non.

La Cour semble accepter une plus grande liberté de langage aux cadres dirigeants s'exprimant au sein d'une réunion, en ne retenant pas d'abus alors que les propos sont parfois extrêmement violents. Cette tolérance n'existe pas pour les propos tenus hors de l'entreprise dans la jurisprudence actuelle. Une jurisprudence plus ancienne semblait plus tolérante sur ce point.

Concernant la position de la Cour européenne des droits de l'homme, elle examine l'équilibre qui est trouvé entre la protection de la liberté d'expression relevant de l'article 10 de la Convention au regard des autres contraintes en jeu. L'article 10 § 2 précise que des limitations peuvent être apportées à cette liberté par la loi, « *mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». La Cour examine donc si les restrictions sont prévues par la loi, qu'elles aient un but légitime et qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique.

Ainsi dans l'affaire *Heinisch C. Allemagne* du 21 juillet 2011¹⁰⁰⁴, portant sur le licenciement d'une infirmière qui avait porté plainte pénalement pour abus de confiance contre son employeur en alléguant des défauts dans les soins prodigués, la salariée soutenait que tant son licenciement sans préavis que le refus de sa réintégration portaient atteinte à sa liberté d'expression. Pour mémoire, le procureur avait abandonné les poursuites contre son employeur. La Cour d'appel du travail confirma la validité de son licenciement fondé sur l'action pénale, ainsi que la Cour fédérale du travail. Elle obtint gain de cause devant la Cour européenne. Celle-ci considéra que son licenciement était disproportionné et qu'un équilibre entre la protection de sa liberté individuelle d'expression et la nécessité de protéger la réputation de son employeur n'avait pas été respecté. Elle autorise ainsi un salarié à dénoncer pénalement les pratiques de son employeur, face au public, sans pouvoir faire l'objet de sanction de sa part.

En revanche, la Cour européenne ne protège pas les propos offensants, vexatoires ou portant atteinte à la dignité des personnes. Ainsi dans la décision *Sanchez et autres c. Espagne* du 12 septembre 2011¹⁰⁰⁵, des représentants syndicaux furent licenciés après la publication d'un dessin montrant des salariés de la société accordant une faveur sexuelle au responsable des

¹⁰⁰⁴ Requête n° 28274/08.

¹⁰⁰⁵ Requêtes n° 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06.

ressources humaines, accompagné d'un article critiquant ces deux salariés qui avaient témoigné en faveur de l'employeur dans le cadre d'une procédure opposant les représentants syndicaux à leur employeur. La Cour a considéré que les juges espagnols en rejetant les recours des représentants syndicaux, avaient bien apprécié la sanction, qui n'était ni manifestement excessive, ni disproportionnée au regard des faits commis.

Concernant toujours cet examen de proportionnalité de la mesure prise au regard de la liberté d'opinion, la Cour européenne a considéré dans l'affaire *Eon c./ France*¹⁰⁰⁶ que la sanction pénale infligée au requérant¹⁰⁰⁷ qui avait brandi un écriteau avec la mention « casse-toi pov'con » à l'occasion d'une visite du Chef de l'Etat de l'époque, au titre du délit d'offense, était disproportionnée au regard du but recherché et illicite au regard de l'article 10 de la Convention. Elle a estimé qu'il s'agissait en fait d'une intervention satirique, qu'il était dangereux pour le débat public de prendre des sanctions pour de tels actes, ce qui pourrait être dissuasif pour le débat démocratique.

En préambule, il convient de s'interroger sur le silence du salarié. L'entreprise peut-elle contraindre un salarié à s'exprimer en public ? La liberté d'expression peut-elle se concevoir comme le droit de ne pas s'exprimer ?

A. Le silence du salarié

La chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'opportunité de se pencher sur le cas du silence d'un manager général d'un club de football, alors que son employeur, souhaitait le voir s'exprimer publiquement, par le biais d'un communiqué de presse sur la situation de l'entreprise, alors que ce cadre avait auparavant exprimé des critiques sur la réorganisation de celle-ci par voie de presse. Le cadre avait refusé et s'était vu licencié pour faute grave par sa nouvelle direction. La Cour de cassation, dans une décision du 26 octobre 2005¹⁰⁰⁸ précisa que l'employeur avait porté atteinte à la liberté d'expression, en obligeant un salarié à émettre une opinion ou prendre une position publiquement.

Il s'agit d'une décision intéressante dans la mesure où la chambre sociale de la Cour de cassation fait prévaloir la liberté de conscience du cadre sur l'obligation prévue par sa fonction, de représenter la direction de l'organisation. Pourtant, la fonction de cadre oblige ce dernier à suivre les directives de sa hiérarchie, y compris s'il n'est pas en accord avec celle-ci. En cas de refus, il s'agit incontestablement d'une faute du salarié, sauf semble-t-il dans le cadre de la liberté d'expression.

B. Les clients insultés par les salariés

Les cas d'insultes de clients ou de comportements inconvenants par des salariés peuvent être sanctionnés par l'employeur sans difficulté particulière¹⁰⁰⁹. Il s'agit là d'une atteinte très importante à la communauté représentée de l'entreprise, ainsi qu'à la liberté d'entreprendre.

¹⁰⁰⁶ Requête n° 26118/10 du 14 juin 2013.

¹⁰⁰⁷ Une amende de 30 euros avec sursis.

¹⁰⁰⁸ Cass. soc. 26 octobre 2005 n° 03-41.796 (N°2239 F-D), *Jean Dupeux c/ Sté Stade Malherbe de Caen*, RJS 2/06 n° 158. Décision de cour d'appel de Caen (3e chambre section sociale 2, du 10 janvier 2003).

¹⁰⁰⁹ Pour des propos injurieux d'un inspecteur en nettoyage industriel à l'égard d'un client, Cass. soc. 13 juillet 2010, n° 09-42127, non publié ; pour un salarié menaçant de violences un client de l'entreprise, Cass. soc. 13 juillet 2010, n° 09-42127 ; les insultes d'un chauffeur livreur à l'égard d'un salarié d'une société cliente, Cass. soc. 18 mai 1977, n° 76-40313 ;

Une jurisprudence très ancienne est constante à ce sujet, à l'image de cette décision de la chambre sociale du 21 mars 1979¹⁰¹⁰ approuvant le licenciement d'un inspecteur de la clientèle qui s'était enivré au cours d'une réunion organisée par l'un des clients de son employeur et s'était livré à toutes sortes d'actes contraires au moins à la morale, en poursuivant notamment le personnel féminin du client de ses assiduités, en prenant le poste de la standardiste et en appelant au hasard, etc... Plus récemment, la chambre sociale de la Cour de cassation a validé la sanction pour des propos injurieux d'un vendeur de vêtements à l'égard de clientes¹⁰¹¹, et a conservé la même position pour un chef magasinier d'un garage, ayant insulté un client et lui indiquant d'aller se faire servir ailleurs¹⁰¹².

De même, lorsqu'un salarié détaché auprès d'une autre entreprise pendant plusieurs mois remet un rapport à celle-ci, mettant en évidence « *de manière excessive et méprisante les insuffisances qu'il avait constaté au sein de la société* », la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 28 juin 2007¹⁰¹³, a considéré qu'il y avait en ces circonstances, abus dans l'usage de sa liberté d'expression par le salarié.

C. Le dénigrement de sa propre hiérarchie ou de la direction

Deux situations peuvent se présenter : d'une part, une critique interne à l'entreprise et d'autre part, une critique communiquée à l'extérieur de celle-ci, ce qui représente une attaque beaucoup plus agressive pour l'entreprise. Il est intéressant d'examiner l'orientation de la jurisprudence en fonction de ce critère d'internalité ou d'externalité. *De facto*, le juge utilise les mêmes critères pour qualifier l'abus. Il n'effectue pas de distinction entre les deux situations et ne met pas en place une restriction plus spécifique pour protéger les intérêts de l'entreprise. Les critères sont utilisés de manière identique.

1. Le dénigrement au sein de l'entreprise

Ce dénigrement peut s'effectuer lors de réunions ou par écrit. La présence ou non de propos injurieux, diffamatoires ou manifestement excessifs demeure le critère qui permet au juge de séparer les comportements abusifs des autres. Peu importe que les propos soient tenus par écrit, ou simplement oralement. Peu importe qu'ils soient tenus publiquement dans l'entreprise, ou au contraire adressés à une personne en particulier. Peu importe que le salarié soit cadre ou non cadre.

a. Le dénigrement de la direction par un salarié non cadre

Le dénigrement de la direction, la remise en cause de sa légitimité ou des compétences constituent des abus de la liberté d'expression. Peu importe que cela soit public ou non au sein de l'entreprise. Les propos peuvent ainsi seulement avoir été tenus par écrit. La Cour de cassation considérait déjà dans une décision du 20 mars 1980 que la rédaction d'une lettre destinée à la direction générale, mettant en cause les qualités professionnelles de son supérieur hiérarchique, par un salarié qui avait tenté de la faire signer par un collègue constituait bien une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁰¹⁴. Elle a considéré que l'envoi par un salarié, d'un

¹⁰¹⁰ N° 78-40.305, bull. V, n° 251.

¹⁰¹¹ Cass. soc. 13 juin 2001, n° 99-40804, non publié.

¹⁰¹² Cass. soc. 30 octobre 2007, n° 06-44934, non publié.

¹⁰¹³ N° 05-4317, 5^e ch. B, Maschek c/SA Alten.

¹⁰¹⁴ Cass. soc., 20 mars 1980, no 78-41.230, Palmeirao c/ SA Banque franco portugaise d'outre-mer. : Bull. civ. V, no 277.

courriel à l'ensemble de sa direction, contenant des propos vexatoires et dénigrant son responsable constitue une justification à son licenciement¹⁰¹⁵.

De façon plus originale, il a été considéré par la chambre sociale de la Cour de cassation que le fait pour un salarié de justifier sa démission par sa volonté de « *prendre des distances vis-à-vis des dirigeants dont je ne partage ni l'éthique ni le sens civique, notamment manifesté au travers de manipulations répétées dans les comptes de l'entreprise* » constituait un abus, dans une décision du 30 octobre 2002¹⁰¹⁶, sans toutefois préciser pourquoi l'absence de publicité ne constituait pas un obstacle à cette caractérisation. A moins d'imaginer que ce soit la production de cette démission au cours de la procédure prud'homale, que la Cour retienne. Pour mémoire, le salarié avait attaqué son entreprise, car celle-ci avait interrompu son préavis pour faute grave.

De même, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 6 mai 2004, a considéré qu'un salarié, tenant des propos agressifs, outranciers et lourds de menaces auprès d'un supérieur hiérarchique, pendant le temps de travail, sur le lieu de travail et en présence de collègues, nonobstant sa qualité de meneur d'un mouvement de protestation à l'encontre des méthodes de la direction, lors d'une discussion sur le temps de travail, abusait manifestement de sa liberté d'expression¹⁰¹⁷.

Dans une décision du 4 juin 2009¹⁰¹⁸, la chambre sociale de la Cour de cassation confirme le licenciement d'un ouvrier qualifié, en mi-temps thérapeutique, qui a notamment insulté à plusieurs reprises le responsable des ressources humaines. Il était reproché à la Cour d'appel¹⁰¹⁹ d'avoir justifié le licenciement du salarié par le trouble objectif créé dans l'entreprise par le comportement du salarié généré par sa maladie, sortant ainsi des termes de la lettre de licenciement. La chambre sociale n'a pas suivi cette argumentation, considérant simplement que la Cour avait apprécié les comportements du salarié comme cause réelle et sérieuse du licenciement.

b. Les propos tenus par un membre de l'encadrement ou de la direction

La Cour de cassation permet une plus grande liberté de ton aux cadres dirigeants si l'on se réfère aux propos tenus, parfois d'une assez grande violence, sans être caractérisés comme « *injurieux, diffamatoires ou excessifs* ». La limite est parfois difficile à saisir. La Cour de cassation, dès 1976, considérait que le fait pour un directeur commercial de dénigrer le directeur général adjoint auprès de l'encadrement et de la maîtrise, d'organiser une réunion pour critiquer l'incapacité dudit directeur, en dénigrant celui-ci devant l'épouse du PDG constituait une faute grave¹⁰²⁰. La publicité des propos ne joue pas un rôle essentiel dans la qualification.

Dans une décision du 22 juin 1998, la Cour d'appel de Versailles énonçait de manière explicative, pour apprécier la gravité du comportement d'un directeur commercial, qu'il est nécessaire de tenir compte de la personne visée par les propos, le lieu où les propos ont été

¹⁰¹⁵ (Cass. soc. 28 mars 2012 n° 11-10.513 (n° 903 F-D), Bouville Mirande-Ney c/ Sté Ethypharm industries).

¹⁰¹⁶ Cass. soc. 30 octobre 2002 n° 00-40.868 (n° 3150 F-D), Verguet c/ SA Geci France. A propos d'un chargé de mission ayant démissionné le 11 décembre 1995, et dont l'employeur avait rompu le préavis pour faute grave le 26 janvier 1996. La Cour d'appel de Versailles, dans une décision du 9 décembre 1999, avait considéré que ces propos étaient attentatoires à l'honneur et à la considération.

¹⁰¹⁷ N° 02-36143, 21^e ch. B, Bougalab c/ SA Team Lafayette.

¹⁰¹⁸ Pourvoi n° 08-40385.

¹⁰¹⁹ CA Nîmes, 18 avril 2007.

¹⁰²⁰ Cass. soc., 5 févr. 1976, no 75-40.140, Legendre c/ SA Industrie brosière et broserie J. Charret réunies : Bull. civ. V, no 77

tenus, les destinataires de ces propos et les répercussions de ce comportement dans l'entreprise ou hors de celle-ci. Toutefois, force est de constater que le lieu, les destinataires, les répercussions des propos ne changent rien à l'appréciation du juge. En l'espèce, un directeur commercial avait été licencié pour faute grave pour avoir tenu des propos mettant en cause la probité du dirigeant devant les salariés, dans l'entreprise, alors même que l'entreprise était en difficulté financière. La Cour a retenu pour confirmer le licenciement notamment le fait que ces propos étaient de nature à déstabiliser fortement les salariés, à compromettre le crédit de l'entreprise auprès de ses clients¹⁰²¹ et à précipiter la chute de cette dernière.

Un directeur du développement et de la stratégie, ayant formulé, dans le cercle restreint des collaborateurs de l'entreprise et à l'occasion d'un déjeuner, des critiques concernant la nouvelle organisation proposée par la direction, en l'absence de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs n'a pas été considéré comme abusant de sa liberté d'expression¹⁰²².

Un cadre écrivant à son supérieur hiérarchique pour lui reprocher ses absences très fréquentes en réunion, remettant en cause ses capacités à diriger la société, affirmant que personne n'ignore son incompetence, critiquant son honnêteté, affirmant qu'il est de mauvaise foi et qu'il a pour habitude de provoquer des situations équivoques dépasse le cadre de la liberté d'expression¹⁰²³, et commet pour la Cour d'appel de Versailles, en 2006 un abus dans l'exercice de sa liberté d'expression. Toutefois, le caractère excessif, l'absence de retenue des propos ne prêtent pas à discussion.

De même, la mise en cause à plusieurs reprises et publiquement, de la légitimité et compétences des nouveaux dirigeants constitue manifestement un abus notamment s'il émane du directeur général France du groupe Norauto, d'après une décision de la chambre sociale du 12 juin 2007¹⁰²⁴.

Dès lors que les propos sont simplement critiques, mais non injurieux, diffamatoires ou excessifs, l'abus n'est plus caractérisé. Ainsi, un cadre qui avait adressé une lettre critique aux membres du Conseil d'administration et aux dirigeants de la société, ne comportant pas de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, n'avait pas abusé de sa liberté d'expression selon une décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 14 décembre 1999¹⁰²⁵.

Enfin, la Cour de cassation n'avait pas non plus hésité à invalider le licenciement d'un membre du comité de direction, directeur administratif et financier, qui avait remis aux autres membres du comité un document critiquant fortement les réorganisations mises en place par l'employeur¹⁰²⁶ dès lors que le document litigieux ne comportait pas de termes injurieux, diffamatoires ou excessifs.

Le juge n'oblige pas les membres de la direction d'une entreprise à s'abstenir de critiques, à l'encontre des décisions prises par celle-ci. Les critiques peuvent même être vives, elles sont acceptées par le juge, dès lors qu'elles ne revêtent pas un caractère injurieux, excessif ou diffamatoire. La fonction n'influe pas sur le raisonnement du juge. Dans tous les cas, il s'agit

¹⁰²¹ CA Versailles 22 juin 1998, 5^e ch. B, Martin c/ Sté Suffixe.

¹⁰²² CA Versailles 16 mars 2004 n° 02-2700, 15^e ch. soc., Colloud c/ SA Spie Batignolles Technologie).

¹⁰²³ CA Versailles 7 décembre 2006 n° 05-3748, 15^e ch., Mangione c/ SA DK Le Guen Hemidy).

¹⁰²⁴ Cass. soc. 12 juin 2007 n° 05-45.333 (n° 1273 F-D), Casabianca c/ Sté Norauto : RJS 8-9/07 n° 912).

¹⁰²⁵ Cass. soc. 14 décembre 1999 n° 97-41.995 (n° 4863 PB), Pierre c/ SNC Sanijura : RJS 2/00 n° 192, Bull. civ. V n° 488.

¹⁰²⁶ Cass. soc. 14 déc. 1999, Pierre C. SNC Sanijura, Dr. Soc. 2000. 163, concl. J. Duplat et note J.-. Ray.

en pratique de critiques fortes émises au sein d'organismes de direction (comité de direction, conseil d'administration) ou auprès d'un actionnaire ; ce dernier reste toutefois un élément interne à l'entreprise, même s'il n'est pas obligatoirement présent de manière continue au sein de celle-ci. Le juge admet la possibilité pour un membre de la direction, responsable administratif et financier, de critiquer de manière vive, les décisions de celle-ci notamment devant son conseil d'administration ou un comité directeur, dès lors que les termes ne sont ni injurieux, diffamatoires ou excessifs¹⁰²⁷. Il s'agissait en l'occurrence de la remise d'un document critiquant la nouvelle organisation administrative, financière et comptable, mise en place par la direction, suite à la prise de contrôle de l'entreprise.

La même position a été adoptée pour des critiques vives exprimées par des directeurs commerciaux, exprimées au sein du comité de direction, dès lors qu'elles n'étaient ni excessives, injurieuses ou diffamatoires¹⁰²⁸ ou auprès du conseil d'administration de la société mère¹⁰²⁹. Ainsi, un cadre commercial avait exprimé dans deux e-mails des contestations sur des chiffres, son regret de ne pas avoir été consulté et une mise à l'écart qui le mettait mal à l'aise, ainsi que des dysfonctionnements et anomalies, regrettant que ces points n'aient pas été abordés en comité de direction¹⁰³⁰. La Cour d'appel n'y avait vu que la juste utilisation de la liberté d'expression d'un salarié. Dans cette dernière affaire, le courrier incluait des propos tels que « *des décisions incohérentes et contradictoires qui compromettent la pérennité de l'entreprise* », « *désordre interne, détournement, abus d'autorité, conséquences financières et sociales désastreuses* », propos pour le moins virulents, voire graves, mais que la Cour de cassation n'a pas considéré comme injurieux, diffamatoires ou excessifs, contrairement à la Cour d'appel¹⁰³¹. Il est loisible de constater ici que la Cour de cassation a une version assez restrictive des notions d'injure, de diffamation et d'excès, les termes du courrier étant ici pour le moins violents.

Le directeur du développement et de la stratégie, peut formuler, dans un cercle restreint des collaborateurs de l'entreprise et à l'occasion d'un déjeuner, des critiques concernant la nouvelle organisation proposée par la direction, dès lors qu'il ne profère pas de propos injurieux, diffamatoires ou excessifs¹⁰³².

Le niveau hiérarchique n'intervient pas dans la décision du juge, même s'il est extrêmement élevé. Il admet que le vice-président d'une entreprise exprime auprès du président par courrier, son désaccord sur un budget prévisionnel, position en accord avec le rapport spécial d'alerte du commissaire aux comptes, dès lors que les propos restent dans le cadre indiqué précédemment¹⁰³³. Le juge tient compte de la culture de l'organisation au sein de laquelle les échanges ont lieu. Les propos tenus par l'ancienne directrice d'une association du secteur sportif à l'encontre de la nouvelle direction et des salariés dans des courriels, en utilisant des termes tels que « *ploucs* »¹⁰³⁴, n'ont pas été considérés comme abusifs en raison de son « *éviction progressive de l'association* » dans laquelle elle s'était beaucoup investie, et du secteur associatif et sportif autorisant une véritable liberté de ton.

¹⁰²⁷ Cass. soc. 14 décembre 1999 n° 97-41.995 (n° 4863 PB), Pierre c/ SNC Sanijura, RJS 2/00, n°192, Bull. civ. V n° 488.

¹⁰²⁸ Cass. soc. 24 septembre 2013 n° 12-13.537 (n° 1432 F-D), Levasseur c/ Sté Laborde foies gras.

¹⁰²⁹ Cass. soc. 27 mars 2013 n° 11-19.734 (n° 581 FS-PB), Sté Dyneff c/ Bouey.

¹⁰³⁰ CA Paris 2 novembre 2011 n° 10-00947, ch. 6-6, SA A. c/ R.

¹⁰³¹ CA Montpellier, 20 avril 2011, 4^e ch. soc.

¹⁰³² CA Versailles 16 mars 2004, n° 02-2700, 15^e ch. soc., Colloud c/ SA Spie Batignolles Technologie.

¹⁰³³ CA Paris 22 mars 2007, n° 05-7553, 21^e ch. B, Cochard c/ SA Spinevision.

¹⁰³⁴ CA Paris 24 septembre 2009, n° 07-7318, ch. 6-7, Association France Sport c/ Potier.

En revanche, le fait pour un cadre assistant à un séminaire réunissant des salariés, de lire ostensiblement le journal pendant l'intervention du directeur, de proposer la lecture d'un ouvrage en contradiction avec l'orientation prise par la direction, d'envoyer un courrier aux salariés critiquant son supérieur hiérarchique a été considéré par la Cour d'appel de Versailles comme un abus de la liberté d'expression, dans un arrêt du 10 juin 2009¹⁰³⁵.

De même, le fait pour directeur commercial, membre du comité de direction, d'exprimer ses opinions dans le cadre du comité de direction, par courriels en exprimant des critiques certes vives mais dépourvues de caractère excessif, injurieux ou diffamatoire n'est pas considéré comme un abus de sa liberté d'expression¹⁰³⁶, pas plus que d'avoir adressé à son employeur des courriers expliquant ses désaccords sur la politique commerciale, dès lors qu'il n'est pas constaté que celles-ci comportaient des termes injurieux, diffamatoires ou excessifs¹⁰³⁷.

De manière générale, le statut de membre de la direction ou du comité de direction ne modifie pas les critères du juge, mais parfois leur appréciation. En revanche, les attaques personnelles caractérisées ne sont pas tolérées. Le licenciement d'un cadre, après 1 mois et 11 jours de présence, qui avec d'autres dirigeants avait fait parvenir un rapport puis des courriers à l'actionnaire principal, exprimant non seulement un désaccord technique mais aussi des attaques d'ordre personnel remettant en cause l'intégrité et l'éthique professionnelle de son président, émettant des doutes sur les compétences professionnelles du directeur général, critiques manifestement excessives et virulentes, a été confirmé par la Cour d'appel de Paris dans une décision du 19 juin 2012¹⁰³⁸.

Enfin, le juge considère que même avec la qualité d'actionnaires, les salariés doivent respecter certaines limites dans leur liberté d'expression. Le juge, par une décision du 3 décembre 2008¹⁰³⁹, concernant des cadres dirigeants-actionnaires d'une entreprise, licenciés pour faute grave pour avoir effectué un « *dénigrement médiatisé* » de la politique de l'entreprise auprès des salariés et des partenaires du groupe, a considéré que la qualité d'actionnaires ne justifiait pas ces comportements, et qu'ils constituaient un manquement à leur obligation de loyauté.

2. Le dénigrement de la direction ou de la hiérarchie à l'extérieur de l'entreprise

Le juge retient une approche protectrice de l'entreprise et de la liberté d'entreprendre¹⁰⁴⁰, lorsque sa direction est contestée par un salarié par des propos notamment insultants, à l'extérieur de celle-ci, mais les critères restent identiques ainsi que leur mise en oeuvre.

La remise en cause peut porter sur la compétence, la légitimité des dirigeants. Elle peut être effectuée à l'attention des clients, de l'inspection du travail ou d'autres institutions. Cela ne modifie en rien les critères utilisés par le juge. Il n'utilise aucun critère supplémentaire particulier au regard du facteur d'externalité. La sanction pratiquée est généralement le licenciement. Là encore, peu importe le support ou le lieu de la communication effectuée. Il peut s'agir d'une simple discussion d'une réunion, de courriels, de banderoles, de tee-shirts,

¹⁰³⁵ N° 08-923, 17^e ch., Martyniak c/ GIE Reunica Bayard.

¹⁰³⁶ CA Paris 2 novembre 2011 n° 10-00947, ch. 6-6, SA A. c/ R.

¹⁰³⁷ Cass. soc. 24 septembre 2013, n° 12-13.537 (n° 1432 F-D), Levasseur c/ Sté Laborde foies gras : RJS 1/14 n° 11.

¹⁰³⁸ CA Paris, 19 juin 2012 n° 10/05030, ch. 4-6, P. c/ SAS Artegy.

¹⁰³⁹ Pourvoi n° 07-42331 et 07-42332.

¹⁰⁴⁰ Cf. Cons. const. N° 81-132 DC du 16 janvier 1982, D. 1983, juris. 169, note L. Hamon, portant sur la reconnaissance du niveau constitutionnel de cette liberté.

etc... La notion de cadre n'est pas spécifiquement mise en exergue par le juge. En revanche, le caractère insultant, diffamatoire ou excessif est toujours requis.

La Cour d'appel de Riom dans un arrêt du 2 mars 1987 avait affirmé de façon restrictive que l'exercice de la liberté d'expression par le salarié au sein de l'entreprise jouissait d'une impunité totale, il en était de même lorsque celle-ci s'exerçait à l'extérieur de l'entreprise sous réserve du respect de l'obligation de discrétion et du secret professionnel¹⁰⁴¹. La chambre sociale de la Cour de cassation considéra dans une décision du 16 novembre 1993 que les accusations sans fondement et publiques d'un salarié, proférées en-dehors de l'entreprise, dans un esprit de vengeance personnelle à l'égard du chef d'entreprise constituaient bien un abus de la liberté d'expression.

La distribution par un directeur d'école de musique d'un texte aux parents d'élèves, s'opposant à une réforme pédagogique organisée par son employeur, remettant en cause la légitimité et la compétence de dirigeants, campagne qualifiée par le juge de « *particulièrement malveillante et dénigrante* » pouvant avoir des conséquences négatives sur l'activité et la survie de l'association, constitue un abus dans l'exercice de la liberté d'expression d'après une décision de 2003 de la Cour d'appel de Versailles¹⁰⁴².

Les insultes et dénigrement du fait d'un salarié, au cours d'une réunion publique qualifie son responsable d'agence de « *nul et incompetent* », et ses collègues de « *bœufs* » a été considéré comme un abus par la Cour de cassation dans une décision du 9 novembre 2004¹⁰⁴³.

De même, la transmission par un salarié à un client de son employeur, d'un message destiné à sa direction l'informant que si son salaire du mois précédent n'était pas immédiatement payé, il cesserait immédiatement son travail, a été considérée comme un usage abusif de sa liberté d'expression par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 5 octobre 2004¹⁰⁴⁴

De même, pour la chambre sociale, en 2006, de la Cour de cassation, lorsqu'un directeur qualifie le gérant de sa société devant des témoins, de « *sournois* », « *manipulateur* » et « *malhonnête* », ces propos constituent un abus justifiant le licenciement du salarié¹⁰⁴⁵. De même, l'organisation par un salarié, devant les locaux de l'entreprise d'une réunion avec des journalistes pour dénoncer des infractions au droit du travail, notamment le refus de son employeur de mettre à disposition un réfectoire fut considéré comme abusif par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰⁴⁶.

Un salarié qui met en cause à plusieurs reprises et publiquement la compétence et la légitimité des nouveaux dirigeants sociaux commet un abus de sa liberté d'expression¹⁰⁴⁷ d'après une décision du 12 juin 2007 de la chambre sociale de la Cour de cassation.

Enfin, lorsqu'un salarié s'exprime en dehors de son temps et lieu de travail, celui-ci étant en arrêt maladie, à un stand sur une foire et devant 3 adultes qu'il était chargé d'encadrer, proférant

¹⁰⁴¹ Riom, 2 mars 1987 D. 1987, 427.

¹⁰⁴² CA Versailles 17 janvier 2003 n° 00-3675, 5^e ch. B, Defrance c/ Assoc. Amicale laïque.

¹⁰⁴³ Cass. soc. 9 novembre 2004, n° 02-45.830, Deloge c/ Sté pour la promotion de la culture et des loisirs.

¹⁰⁴⁴ N° 02-44.487, Garnier C/ Sté SMS, RJS 12/04, n° 1280.

¹⁰⁴⁵ Cass. soc. 2 février 2006 n° 04-47.786 (n° 320 F-D), Potié c/ Sté Imprimerie Potié.

¹⁰⁴⁶ Cass. soc. 26 avril 2006, n° 04-44.538.

¹⁰⁴⁷ Cass. soc. 12 juin 2007 n° 05-45.333 (n° 1273 F-D), Casabianca c/ Sté Norauto.

des grossièretés à l'égard de sa responsable¹⁰⁴⁸, commet un abus dans l'exercice de sa liberté d'expression, selon la chambre sociale dans une décision datée de 2008.

La décision prise par un salarié de communiquer aux organismes chargés de délivrer les agréments nécessaires au fonctionnement de l'entreprise, ainsi qu'à d'autres partenaires, la copie d'une lettre dans laquelle il reproche à l'employeur le non-respect de certaines obligations, à l'occasion d'un litige avec ce dernier sur ses horaires, a été considérée comme abusive par chambre sociale de la Cour de cassation dans une décision du 31 mars 2009¹⁰⁴⁹.

Dans un arrêt du 30 avril 2010, la Cour d'appel de Toulouse considérera que les pratiques d'un responsable de la communication d'une association organisant un festival de cinéma, d'adresser auprès des partenaires financiers et techniques du festival, de ses diffuseurs et d'organes de presse, un courriel remettant en cause les compétences et la politique de la nouvelle équipe dirigeante, pratiques qui ne pouvaient se justifier par le souci du salarié d'exposer la raison pour laquelle, en raison de sa grève, les personnes avec lesquelles il travaille habituellement ne peuvent plus entrer en contact avec lui, constituent un abus dans la liberté d'expression¹⁰⁵⁰.

La publication des propos injurieux et diffamatoires et sans fondement d'un salarié contenu dans un courriel adressé à l'inspection du travail, lors d'une procédure prud'homale, par un autre salarié, révèle là encore un abus de la part du salarié dans sa liberté d'expression¹⁰⁵¹.

Un salarié rédigeant une lettre à un ancien mandataire social, en litige avec le dirigeant de la société, et contestant la moralité quant à la vie privée de celui-ci commet un abus dans sa liberté d'expression¹⁰⁵², d'après une décision de 2011.

Dans une décision du 9 mars 2011, la Cour d'appel de Versailles a considéré que le port d'un tee-shirt par un enseignant d'un centre d'apprentis lors d'une journée « *portes-ouvertes* », comportant une mention contestant l'intégrité des dirigeants nommément désignés, constituait un abus dans sa liberté d'expression justifiant une sanction¹⁰⁵³. La chambre sociale de la Cour de cassation a considéré dans un arrêt du 22 juin 2011, que le fait d'afficher une banderole sur le balcon de son domicile critiquant son employeur, celui-ci étant nommément désigné, constituait un abus de liberté d'expression¹⁰⁵⁴.

Enfin, même si les propos sont tenus entre deux salariés, mais enregistrés sur un serveur accessible à l'ensemble du personnel, ces propos injurieux, constituent un abus¹⁰⁵⁵. Des critiques malveillantes, dénigrantes et manifestation excessives répétées par un salarié devant des publics variés est un abus de liberté d'expression d'après une décision du 12 décembre 2012 de la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁴⁸ Pour être exact, les propos étaient les suivants : « Tu diras à Patricia C (sa supérieure hiérarchique) que je l'emmerde ». Voir à ce sujet R. de Quenaudon « De la parole au silence », Rev. Dr. Du trav. 2009, p. 168 à propos de la décision de la ch. soc. CDC du 10 déc. 2008.

¹⁰⁴⁹ N° 07-44.918, Lajarrige c/ Sté Bailly.

¹⁰⁵⁰ CA Toulouse 30 avril 2010 n° 09-5858, ch. soc., L. c/ Association AFICH.

¹⁰⁵¹ CA Versailles 15 septembre 2010 n° 09-2864, 15^e ch., SAS Roger Mondelin c/ B.).

¹⁰⁵² Cass. soc. 21 septembre 2011 n° 09-72.054 (n° 1826 FS-PB), Defrocourt c/ Sté Château Lapoujade : RJS 11/11 n° 858, Bull. civ. V n° 191).

¹⁰⁵³ CA Versailles 9 mars 2011 n° 10-1982, 15^e ch., M. c/ CFA Interpro.

¹⁰⁵⁴ Cass. soc. 22 juin 2011 n° 10-10.856 (n° 1443 F-D), Briqueu c/ Association Assad.

¹⁰⁵⁵ CA Dijon, ch. soc., 12 janvier 2012 n° 10/01212, SA Transport manutention couturier c/ G.. Les propos concernaient la directrice générale et son époux, qualifiés de « vieux », « mami », qui « pètent les couilles ».

¹⁰⁵⁶ Cass. soc. 12 décembre 2012 n° 11-19.497 (n° 2665 F-D), Aoura c/ Sté Réaction.

De même, commet un abus de sa liberté d'expression un salarié qui exprime publiquement, de manière véhémement et agressive des revendications, en remettant en cause la probité de sa hiérarchie¹⁰⁵⁷. Un salarié s'exprimant en public, devant notamment des clients et d'autres salariés, et affirmant que le site serait bientôt fermé car les dirigeants « *en avaient marre* » de celui-ci, proférant ainsi des propos mensongers et malveillants, a vu son licenciement confirmé tant par les juges du fond que par la chambre sociale de la Cour de cassation dans une décision du 13 février 2013¹⁰⁵⁸.

Dans une décision du 16 mai 2013¹⁰⁵⁹, la Cour de cassation a confirmé le bien fondé du licenciement de l'assistante de direction du PDG, qui, en utilisant la boîte « *mails* » de ce dernier, avait décrit auprès de l'ancien directeur financier de l'entreprise les dirigeants actuels comme versatiles. La distribution de tracts à la sortie de l'entreprise, mettant en cause le management de l'entreprise de manière critique, mais non de manière insultante, diffamatoire ou excessive ne constitue en aucun cas un abus¹⁰⁶⁰ selon une décision de 2009. Le lieu de distribution du tract a probablement joué ici un rôle, dans la mesure où il se situe à la limite du périmètre de l'entreprise, et que les principaux « *bénéficiaires* » du document restaient les salariés sortants du site.

Enfin, les déclarations faites par un joueur de football dans la presse au cours d'une polémique avec son entraîneur, affirmant que ce dernier manque de cohérence et de diplomatie, salit les joueurs pour se défausser de sa responsabilité, ceci au cours d'une polémique médiatisée avec ledit entraîneur, ce dernier ayant affirmé au préalable que le joueur n'avait plus le niveau de ligue 1, et était orgueilleux et égocentrique, ne caractérise pas un abus de la liberté d'expression selon la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰⁶¹.

D. Le dénigrement spécifique de l'entreprise et/ou de ses salariés

1. Le dénigrement au sein de l'entreprise

Le juge retient les mêmes critères que ceux précédemment évoqués. Ainsi le fait pour un salarié, lors d'une réunion entre les cadres de l'entreprise et la direction, de critiquer la gestion de l'entreprise, d'affirmer que l'entreprise a licencié ses meilleurs éléments, de traiter d'incompétents et d'incapables les cadres présents a été considéré par la Cour d'appel de Metz, dans une décision du 21 février 2001, comme un usage abusif de sa liberté d'expression¹⁰⁶².

Dans une décision du 21 février 2007, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré qu'un cadre de haut niveau déclarant aux salariés que le plan de restructuration élaboré par la direction, qu'il est chargé de mettre en œuvre, ne sera jamais profitable, que le site sera fermé à court terme et que, s'ils ne veulent pas mourir, il leur faudra engager d'autres actions en justice, abuse de sa liberté d'expression¹⁰⁶³. Mais dans une autre décision du 3 juillet 2012¹⁰⁶⁴, la même juridiction a considéré qu'un cadre dirigeant syndiqué s'occupant d'un projet de restructuration, et diffusant un tract mentionnant « *l'angoisse, le stress, la méfiance et les*

¹⁰⁵⁷ Cass. soc. 16 octobre 2013 n° 12-11.971 (n° 1673 F-D), Pariche c/ Sté Saverglass.

¹⁰⁵⁸ Cass. soc. 13 février 2013, n° 11-26.098.

¹⁰⁵⁹ Cass. soc. 16 mai 2013, n° 12-13.372.

¹⁰⁶⁰ Cass. soc. 23 septembre 2009 n° 08-42.201 (n° 1931 F-D), Sté Sopra Group c/ Gontier.

¹⁰⁶¹ N° 10630.107, Sté Estac c/ Montero, RJS 7/11 n° 577, bull. civ. V. n° 96.

¹⁰⁶² N° 00-819, ch. soc., SA Alsacienne de restauration c/ Grenier, RJS 1/02 n° 9.

¹⁰⁶³ Pourvoi n° 05-44.198 (n°340 F-D), Ribière c/ Soc. Xella Thermopierre.

¹⁰⁶⁴ n° 11-10.793 (n° 1646 FS-PB), Serra c/ Sté Groupe Scutum.

incertitudes des uns et des autres et ce, face aux rumeurs et autres restructurations tant sournoises qu'hasardeuses » n'abusait pas de sa liberté d'expression, contrairement à ce qu'avait estimé la Cour d'appel de Toulouse¹⁰⁶⁵, qui, elle avait considéré que les termes hasardeux et sournois étaient péjoratifs et injurieux. En revanche, un courriel envoyé par un salarié à plusieurs collègues, faisant preuve d'ironie notamment sur la tenue hypothétique de réunions, et posant des questions sur l'organisation n'a pas été considéré comme abusif par la Cour d'appel d'Orléans dans un arrêt du 28 mai 2014, dès lors que les propos n'étaient nullement blessants¹⁰⁶⁶.

Enfin dans un cas plus rare, d'un salarié en arrêt de travail pour maladie, et qui avait proféré des propos insultants à l'égard de l'entreprise en visitant celle-ci, s'est vu reproché à juste titre une violation de son obligation de loyauté à l'égard de l'entreprise¹⁰⁶⁷.

2. Le dénigrement de l'entreprise à l'extérieur de l'entreprise

Un regard rapide sur la jurisprudence pourrait laisser croire que le juge s'oriente vers une plus grande sévérité en cas de dénigrement visant l'entreprise à l'extérieur de celle-ci. En réalité, le juge laisse la possibilité aux salariés de s'exprimer librement et même fortement sur l'entreprise à l'extérieur de celle-ci, tout en considérant que l'abus réside comme précédemment dans des propos, excessifs, diffamatoires ou mensongers. La liberté de ton est toutefois moins importante que celle accordée aux cadres dirigeants en réunion de direction.

Pourtant, une décision du 28 avril 1988 semblait permettre aux salariés de critiquer l'entreprise de façon violente. La chambre sociale de la Cour de cassation avait invalidé le licenciement d'un ouvrier caoutchoutier qui avait, par presse interposée, critiqué son entreprise en dénonçant l'incompétence des salariés chargés de la vérification des produits destinés à l'aviation militaires, la cessation anticipée du travail et de la faiblesse des rémunérations versées¹⁰⁶⁸. La Cour avait précisé que la liberté d'expression devait s'exercer sauf abus dans sa plénitude hors de l'entreprise, sans considérer que cela était le cas en l'espèce.

En revanche, la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 novembre 1993¹⁰⁶⁹ a considéré que les propos tenus par un salarié¹⁰⁷⁰ en dehors de son lieu de travail, qui profère des accusations mensongères envers l'entreprise avec l'intention de nuire, abuse de sa liberté d'expression, la notion de mensonges, voire d'intention malveillante, fut ici déterminante. En 1996, la chambre sociale de la Cour avait déclaré sans cause réelle et sérieuse le licenciement de plusieurs salariés d'une maison de retraite, pour faute lourde, qui avaient distribué dans les boîtes aux lettres de la ville, une lettre ouverte à son employeur¹⁰⁷¹. Il faut préciser que la diffusion de la lettre litigieuse « *avait été faite en dehors du temps de travail, que son contenu n'était pas diffamatoire ni excessif* ». La Cour prend d'ailleurs soin de rappeler que « *l'exercice de la liberté d'expression des salariés en dehors de l'entreprise ne peut justifier un licenciement que s'il dégénère en abus* ».

¹⁰⁶⁵ 17 avril 2010.

¹⁰⁶⁶ N° 12/03620, ch. soc., Daval c/ SNCF.

¹⁰⁶⁷ Cass. soc. 25 juin 2002, n° 00-44.001, bull. V, n° 211.

¹⁰⁶⁸ Arrêt « Clavaud », Bull. civ. V n° 257, D. 1988, jur. 437, note E. Wagner ; A. Jeammaud et M. Le Friant, Dr. Ouvrier 1988. 252 ; Dr. soc. 1988. 428, concl. H. Ecoutin et obs. G. Couturier ; G. Lyon-Caen, Rev. prat. dr. soc. 1988. 184, M. Cohen, ibid. 1988. 218.; L. Lagrange, Journ. soc. 1988, no 68-3 ; G. Couturier, « Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire », Dr. ouvrier 1988. 133.

¹⁰⁶⁹ RDT 1994 n°1, p. 10

¹⁰⁷⁰ Démouleur, dans une fromagerie, propos tenus pour se venger de son chef de service.

¹⁰⁷¹ 12 nov. 1996, Association mieux vivre, D. 1996 IR. 266 ; RJS janvier 1997 n° 68.

Dans une décision du 4 février 1997, la chambre sociale de la Cour de cassation avait confirmé la légalité du licenciement de salariées techniciennes d'un laboratoire, qui avaient informé l'association Act Up que les tests de détection du sida pratiqués par leur entreprise n'étaient pas fiables, qu'ils étaient dangereux, et que leur utilisation s'expliquait essentiellement par un souci de rentabilité. Suite à cela, l'entreprise avait fini par être mise en liquidation judiciaire. Malheureusement, à l'époque, la littérature scientifique avait validé ces tests, ainsi que l'administration. Ils ne furent remis en cause que postérieurement, suite à une campagne de l'association Act Up et de nouvelles études scientifiques. La validité des affirmations des salariées ne pouvait donc être démontrée et leur licenciement fut considéré comme justifié¹⁰⁷².

En revanche, dans une décision du 7 octobre 1997, la même chambre sociale a confirmé la validité du licenciement d'une secrétaire médicale, qui avait déclaré en public, notamment dans une agence bancaire et divers commerces que son employeur, qui soignait notamment des homosexuels, parfois atteints du sida, ne prenait pas les mesures nécessaires à la stérilisation des aiguilles qu'il utilisait, et que cela pouvait entraîner la propagation du virus. La chambre sociale prend soin de constater qu'aucun élément n'étayait ses affirmations, et que ces dernières n'avaient pour but que de « ruiner la réputation du docteur X »¹⁰⁷³.

Dans une décision du 14 janvier 2003¹⁰⁷⁴, la chambre sociale de la Cour de cassation a confirmé la validité du licenciement pour faute grave d'une responsable juridique qui avait fait parvenir un courrier au commissaire aux comptes de l'entreprise. Ce courrier lui reprochait de s'être fait remplacer par un stagiaire pour envoyer les convocations à une assemblée générale. La Cour d'appel avait retenu que la salariée avait notamment terni l'image de l'entreprise et « *qu'il contenait des propos blessants ainsi que des allusions diffamatoires* ».

Dans une décision du 3 décembre 2008¹⁰⁷⁵, des cadres dirigeants-actionnaires d'une entreprise, licenciés pour faute grave pour avoir effectué un « *dénigrement médiatisé* » de la politique de l'entreprise auprès du personnel et des partenaires du groupe, a considéré que la qualité d'actionnaires ne justifiait pas ces comportements, et constituaient un manquement à leur obligation de loyauté. Dans une décision du 3 mars 2009¹⁰⁷⁶, la Cour de cassation à l'occasion de l'examen du licenciement d'une secrétaire standardiste d'une banque et de la confirmation de la validité de la rupture, car celle-ci avait tenu des propos désobligeants et porté atteinte à l'image de la banque. Dans un arrêt du 15 décembre 2009¹⁰⁷⁷, la chambre sociale de la Cour de cassation examinait la validité du licenciement d'un clerc de notaire pour faute grave, celui-ci ayant fait parvenir des courriers dénigrant l'étude auprès de tiers. Ces courriers jetaient le discrédit sur l'étude en des termes excessifs et injurieux. La Cour a donc considéré que le salarié avait outrepassé sa liberté d'expression et donc manqué à ses obligations professionnelles.

La dénonciation de pratiques illicites fait donc partie de la liberté d'expression. Dans un arrêt du 9 novembre 2009¹⁰⁷⁸, la Cour de cassation a considéré que le seul fait d'alerter les autorités de tutelle et les délégués du personnel par une lettre ne contenant aucun propos injurieux,

¹⁰⁷² Cass. soc. 4 février 1997, n° 578 D, Besnard et autre c/ SCP Tombeck-Gascon, laboratoire d'Artois et autres.

¹⁰⁷³ Cass. Soc. 7 octobre 1997, n° 93-41747.

¹⁰⁷⁴ Cass. Soc. 14 janvier 2003, n° 00-43789.

¹⁰⁷⁵ Pourvoi n° 07-42331 et 07-42332.

¹⁰⁷⁶ Pourvoi n° 07-44405, non publié.

¹⁰⁷⁷ N° 07-44264.

¹⁰⁷⁸ N° 08-42806.

diffamatoire ou excessif, n'était pas constitutif d'un abus dans l'exercice de la liberté d'expression.

Le juge exige du salarié que ses reproches soient faits de manière mesurée¹⁰⁷⁹. En outre, le juge tient aussi compte de la conscience du salarié de ses propres actes : « *c'est la bonne foi du salarié qui agit sans vouloir porter atteinte à la réputation de son employeur* »¹⁰⁸⁰. Mais en réalité, tout salarié dénonçant des pratiques de son employeur portera obligatoirement atteinte à sa réputation. En revanche, une imprudence dans des propos tenus à l'extérieur de l'entreprise, y compris au cours d'une émission télévisée, ne suffit pas à caractériser une faute de celui-ci et un abus dans sa liberté d'expression¹⁰⁸¹.

Dans une décision du 17 juin 2009¹⁰⁸², la chambre sociale a confirmé à l'occasion de l'examen d'un licenciement pour faute lourde d'un avocat par son employeur, que même si celui-ci avait tenu, à titre privé et en dehors du lieu de travail, des propos dénigrant son employeur en présence d'un élève avocat, cela ne constituait pas une faute grave dès lors qu'il n'était pas démontré que ce comportement avait créé un trouble objectif caractérisé au sein de l'entreprise. L'envoi d'une lettre anonyme par un salarié d'une entreprise de nettoyage, dénigrant celle-ci auprès de son seul client, notamment au regard des conditions de travail, a légitimé son licenciement au regard de son intention malveillante selon la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁰⁸³. La Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 22 mars 2012¹⁰⁸⁴, confirme l'abus dans l'utilisation de sa liberté d'expression, pour un salarié d'un refuge pour animaux, d'avoir adressé au service vétérinaire, une correspondance dénonçant des faits graves mais non avérés, causant ainsi un préjudice important à l'association employeur ainsi qu'aux personnes mises en cause. Dans une décision du 14 novembre 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que la distribution aux clients d'une entreprise d'une pétition portant sur l'organisation du travail par un salarié ne l'ayant pas rédigé, ni n'étant à l'origine de cette initiative et ne contenant aucun propos excessif, injurieux ou diffamatoire envers l'employeur, la pétition n'ayant eu aucune conséquence sur les relations entre la société et son donneur d'ordre¹⁰⁸⁵, ne constitue en aucun cas un abus.

En conclusion de cet aperçu, nous pouvons constater que le juge utilise les mêmes critères d'appréciation des propos tenus sans tenir compte spécifiquement du destinataire interne ou externe à l'entreprise et du lieu où les propos ont été tenus.

E. La liberté d'expression lors de l'exercice d'une activité syndicale et le client

La liberté d'expression peut aussi s'exercer au cours d'un mandat syndical ou de représentation du personnel. Des salariés peuvent alors être amenés publiquement, sous couvert de l'exercice de leur mandat, à critiquer le comportement de leur employeur. En outre, pour exercer une pression forte sur l'entreprise, la communication peut d'adresser directement aux clients de celle-ci, d'une manière parfois virulente en raison du contexte de lutte syndicale. Il est donc intéressant d'examiner la position du juge, lorsque la communication des salariés, représentants

¹⁰⁷⁹ « même lorsque les faits dénoncés sont avérés, le salarié dénonciateur doit se montrer prudent et modéré dans ses accusations », Adma, Harcèlement moral, Rép. Trav. Dalloz n° 221.

¹⁰⁸⁰ S. Maillard, « Les limites de la liberté d'expression du salarié », Dalloz actualités 14/01/2010.

¹⁰⁸¹ Cass. soc. 9 janvier 2002 n° 99-45-875 (n° 52 F-D), Delvert c/ Olympos France à propos d'un salarié qui avait commenté un procédé technique, sans savoir que s'être assuré que son propre employeur n'y participait pas.

¹⁰⁸² Pourvoi n° 08-15780, non publié.

¹⁰⁸³ 21 avril 2010, n° 09-60.848.

¹⁰⁸⁴ CA Versailles 22 mars 2012 n° 10/05308, 5e ch., R. c/ Assoc. SPA d'Eure-et-Loir.

¹⁰⁸⁵ Cass. soc. 14 novembre 2013 n° 12-10.082 (n° 1918 F-D), Sté Veolia c/ Pinda-Andzoua.

syndicaux s'adresse aux clients, afin de mettre en exergue une éventuelle distorsion de jurisprudence.

Il faut dès lors effectuer la distinction entre les propos relevant pleinement du conflit syndical, de ceux qui caractérisent un dénigrement fautif et ceux qui, présentant un caractère injurieux ou diffamatoire, tombent sous le coup des sanctions prévues dans le cadre des dispositions relatives à la presse¹⁰⁸⁶, sachant que les abus de liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1240 du Code civil¹⁰⁸⁷. A l'inverse, l'absence de sanction sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881, n'empêche pas une éventuelle indemnisation en utilisant l'article 1240 du Code civil. Il apparaît après examen des décisions, que le juge accepte que les représentants syndicaux émettent des critiques extrêmement virulentes à l'égard de l'employeur, y compris auprès des clients de celui-ci, sans que l'on sache précisément comment définir la limite à ne pas franchir. En revanche, l'incitation clairement exprimée à ne plus acheter directement les produits de l'entreprise est sanctionnée, ainsi que les attaques personnelles à l'encontre des dirigeants¹⁰⁸⁸.

De manière générale et pour mémoire, rappelons que la Cour de cassation interdit aux syndicats la publication de documents exprimant des positions plus politiques que syndicales. Elle a ainsi considéré comme illicite la communication syndicale sur le référendum du 23 avril 1972 sur l'adhésion de nouveaux Etats à la CEE¹⁰⁸⁹, ou prenant position sur des partis politiques¹⁰⁹⁰. Cette position n'est d'ailleurs pas toujours suivie stricto sensu par les juges du fond comme le montre par exemple, une décision du TGI de Lille du 15 juin 1979¹⁰⁹¹ qui a considéré comme licite une communication politique d'un syndicat dès lors qu'elle ne revêtait pas un caractère injurieux, ne mettant pas en cause l'employeur, ni troubler le bon fonctionnement de l'entreprise ou constituer une consigne ou une pression. De même le TGI de Nanterre dans un jugement du 3 mai 2002¹⁰⁹² statuant en référé avait considéré comme parfaitement licite une publication syndicale donnant des consignes de vote. Enfin le TGI de Montpellier, toujours en référé avait considéré comme parfaitement justifié l'affichage sur un panneau de communication syndicale d'une prise de position contre le traité de Maastricht¹⁰⁹³. Les

¹⁰⁸⁶ Loi du 29 juillet 1881 ; ordonnance du 6 mai 1944 ; ordonnance du 13 septembre 1945 et circ. DRT du 30 novembre 1984.

¹⁰⁸⁷ Ancien article 1382 du Code civil, cf. Cass. Ass. plén. 12 juillet 2000, n° 98-10.160, bull. civ. n°8 ; Cass. Soc. 28 février 2007, n° 05-15.228, RJS 5/07 n° 628.

¹⁰⁸⁸ Cf. Cass. crim. 18 juin 1985 n° 84-90.045, concernant un tract précisant que « le patron commence par se servir, et là, on peut lui faire confiance, il se sert comme il faut » ; Cass. crim. 23 janvier 1993 n° 91-80-198, concernant les affirmations d'un document syndical précisant de façon mensongère que seule la direction bénéficie d'avantages du CE à l'occasion de voyages et qu'il s'agit de financement occulte ; Cass. crim. 23 novembre 1993, n° 90-86.396, RJS 2/94 n°161, concernant un article d'une publication syndicale, article comportant les propos suivants : « Le chef du centre de Saint-Brieuc-Ouest a décidé de « virer » notre secrétaire départementale du poste qu'elle occupait... Motif : faute professionnelle grave... Après une enquête effectuée par la direction, la « faute grave » s'est avérée être purement imaginaire ! Sur décision du DSF, notre camarade a été immédiatement réintégrée à son poste jusqu'au retour du « chef surmené » parti s'accorder un repos bien mérité ! ... Il faut que certains le sachent : l'activité syndicale existe et ne peut être assimilée à une faute même légère. Quand on voit l'attitude caporaliste de certains « petits chefs », on est même en droit de penser que l'activité syndicale est un devoir et une action de salubrité publique » ; Trib. correct. Paris 17 janvier 2012, n° 1034008388, RJS 4/12 n° 297 portant sur des propos insultants, injurieux et vexatoires à l'égard notamment des dirigeants tenus par un délégué syndical sur un réseau social.

¹⁰⁸⁹ Cass. soc. 12 février 1975, n° 74-10.090.

¹⁰⁹⁰ Cass. soc. 6 novembre 1974 n° 73-13.841 et n° 73-13.528 ; Cass. soc. 25 novembre 1980 n° 80-90.554.

¹⁰⁹¹ Cf. aussi TGI de Corbeilles du 28 décembre 1970.

¹⁰⁹² N° 02-01278, RJS 7/02 n° 843.

¹⁰⁹³ Jugement du 23 juillet 1992, RJS 2/93 n° 163.

syndicats doivent respecter les textes relatifs aux délits de presse, portant notamment sur l'injure¹⁰⁹⁴, la diffamation publique, la fausse nouvelle et les provocations.

Dans une décision du 23 novembre 1993¹⁰⁹⁵, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que les propos relatifs à un dirigeant publiés dans une revue syndicale dépassaient les limites acceptables. Il s'agissait des propos suivants : « *Le chef du centre de Saint-Brieuc-Ouest a décidé de « virer » notre secrétaire départementale du poste qu'elle occupait... Motif : faute professionnelle grave... Après une enquête effectuée par la direction, la « faute grave » s'est avérée être purement imaginaire ! Sur décision du DSF, notre camarade a été immédiatement réintégré à son poste jusqu'au retour du « chef surmené » parti s'accorder un repos bien mérité ! ... Il faut que certains le sachent : l'activité syndicale existe et ne peut être assimilée à une faute même légère. Quand on voit l'attitude caporaliste de certains « petits chefs », on est même en droit de penser que l'activité syndicale est un devoir et une action de salubrité publique » ; que l'article était également incriminé à raison d'un dessin censé représenter le plaignant prononçant ces paroles : « *Silence ! ou je fais évacuer le centre* ».*

Dans un arrêt du 20 janvier 1994¹⁰⁹⁶, la Cour d'appel de Paris avait été amenée à se prononcer, sur la légalité de la distribution de tracts au salon de l'étudiant du 13 au 17 mars 1991. Les propos étaient les suivants :

« *Connaissez-vous la face cachée de la MNEF dans sa façon de gérer les ressources humaines* »

« *La MNEF ferme ses centres de santé... et laisse des milliers d'étudiants lyonnais sans lieu d'accueil* »

« *La MNEF entend... se débarrasser de ses œuvres sanitaires et sociales* »

« *La direction de la MNEF répond (aux actions du personnel) par la répression syndicale* »

« *La MNEF multiplie les procès contre les salariés, contre les militants, dilapidant ainsi des fonds publics et les cotisations étudiantes* »

« *La gestion (de la MNEF) manque de transparence* »

« *Ne laissez pas spolier un patrimoine qui vous appartient* ».

La Cour a jugé que ne sont pas diffamatoires, ou fautifs les tracts syndicaux qui traduisent l'expression d'un libre droit de critique sans outrepasser les limites de la polémique syndicale, ce que tout lecteur de tract ne peut ignorer. La Cour remarquait qu'en l'espèce, il n'y avait aucune incitation à quitter la mutuelle.

La distribution d'un tract par le syndicat Sud aérien aux passagers de la compagnie Air France, la présentant comme peu soucieuse de sécurité en raison de l'emploi d'intérimaires et uniquement intéressée par le profit, contenant notamment l'encadré suivant « *Ne prenez pas l'avion dans ces conditions* », incitant les passagers à se détourner vers d'autres sociétés de transport, tout ceci au cours d'un conflit social a été considéré comme illicite par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 octobre 2005¹⁰⁹⁷.

Dans un arrêt du 3 novembre 2006, la Cour d'appel de Bourges a considéré que la mise à disposition auprès des commerçants de la commune où est située l'entreprise, de tracts expliquant l'exploitation, les tentatives d'entrave à l'action syndicale, les conditions de travail déplorable avec des accidents, ainsi que les bénéfices de l'entreprise, dès lors que ces termes

¹⁰⁹⁴ Loi du 29 juillet 1881 ; ordonnance du 6 mai 1944 ; ordonnance du 13 septembre 1945 et circ. DRT du 30 novembre 1984.

¹⁰⁹⁵ N° T 90-86.396 PF, Plaquin, préc.

¹⁰⁹⁶ 1^e ch., RJS 4/94 n° 433.

¹⁰⁹⁷ N° 04-16363, RJS 1/06 n° 60.

ne dépassent pas la virulence généralement admise dans le cadre d'une lutte syndicale à l'encontre d'une société qui envisage des licenciements économiques¹⁰⁹⁸, ne constituaient pas un abus.

Dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 février 2007¹⁰⁹⁹, les juges ont été amenés à se prononcer sur les agissements de délégués et représentants syndicaux, salariés de la Caisse d'épargne et de prévoyance du Hainaut, qui avaient distribués à l'extérieur de leur entreprise des tracts intitulés « *Les salariés de la Caisse d'épargne parlent aux clients* ». Ces documents reprochaient à l'entreprise de ne pas rechercher l'intérêt de ses clients mais plutôt le sien, en recherchant par tout moyen à placer ses produits financiers. L'article L. 412-8 du Code du travail organise la distribution des tracts à l'intérieur de l'entreprise a été jugé inapplicable par la Cour, les tracts ayant été distribués à l'extérieur de l'entreprise, le lieu de distribution étant l'élément déterminant. Quant au texte permettant de fonder une éventuelle sanction des salariés, il ne pouvait s'agir que de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, réprimant notamment la diffamation, qui n'avait pas été invoqué par l'employeur. Les demandes de l'employeur furent donc rejetées sur ces deux motifs.

Le tribunal correctionnel de Paris dans une décision du 17 janvier 2012 a condamné un délégué syndical pour avoir tenu des propos insultants, injurieux, vexatoires à l'égard de l'entreprise et de ses supérieurs hiérarchiques sur un réseau social¹¹⁰⁰. Il avait notamment publié les propos suivants « *Journée de merde, temps de merde, boulot de merde, boîte de merde, chefs de merde... (...), Ben j'aime pas les petits chefaillons qui joue au grand* ». Le tribunal correctionnel a considéré que les expressions incriminées excèdent les limites de la critique admissible, y compris lorsqu'elle s'exerce dans un cadre syndical, par l'utilisation « *de mots ou de termes insultants ou injurieux voire vexatoires démontrant en eux-mêmes l'intention de nuire et portant clairement atteinte à la dignité des personnes* ». Le critère de la recherche de détournement de la clientèle n'a pas ici été utilisé.

Dans une décision du 3 juillet 2012, la chambre sociale de la Cour de cassation a examiné le cas d'un cadre de haut niveau, membre du comité de direction, et syndiqué, ayant affiché un tract syndical. La chambre sociale a repris le critère des termes « *injurieux, diffamatoires ou excessifs* », pour déterminer qu'en l'espèce il n'y avait pas d'abus dans l'utilisation de la liberté d'expression des cadres¹¹⁰¹. Les propos étaient les suivants : « *l'angoisse, le stress, la méfiance et les incertitudes des uns et des autres et ce, face aux rumeurs et autres restructurations tant sournaises qu'hasardeuses, nous ont conduit à la création d'un syndicat autonome d'entreprise* ». Alors que la Cour d'appel de Toulouse avait considéré ces derniers dans un arrêt du 17 novembre 2010 comme péjoratifs et injurieux, la chambre sociale de la Cour de cassation a estimé qu'ils ne dépassaient pas le cadre acceptable de la liberté d'expression, n'étant ni injurieux, diffamatoires ou excessifs.

En conclusion, le juge sanctionne les propos incitant sans ambiguïté la clientèle à se détourner de l'entreprise et se livre à une appréciation souveraine de la limite à respecter dans les autres

¹⁰⁹⁸ CA Bourges, ch. soc., 3 novembre 2006 n° 05-6936, SA La Boissière c/ Hamouda.

¹⁰⁹⁹ B. Gauriau, « Distribution de tracts aux clients hors de l'entreprise », La Semaine Juridique sociale n° 23, 5 juin 2007, p. 1445.

¹¹⁰⁰ N° 1034008388, RJS 4/12 n° 297, condamnation rendue au titre de la loi du 29 juillet 1881. Le tribunal n'a pas retenu « l'excuse de provocation, compte tenu du contexte social existant au sein de l'entreprise et précédant les injures qu'il a diffusées, en l'espèce, le suicide d'une salariée de l'entreprise (qui l'avait fortement ému en raison de l'amitié qui les unissait) et sur lequel la direction ne souhaitait pas diligenter une enquête. »

¹¹⁰¹ Cass. soc. N° 11-10-793, RJS 10/12 n° 819.

cas, sans qu'une ligne claire puisse être dégagée. Le critère des propos « *injurieux, diffamatoires ou excessifs* » est parfois utilisé.

F. La liberté d'expression et la communication électronique

La mise en place de moyens électroniques de communication (SMS, courriels, Facebook, Send net, blog, ...) a contraint l'entreprise à investir ces nouveaux univers pour veiller à sa propre protection. Le juge va réadapter sa jurisprudence traditionnelle sur la liberté d'expression et la vie privée à ses univers virtuels, en privilégiant la protection de la liberté d'entreprendre. La preuve du motif du licenciement peut être fournie par tous moyens. En effet, en matière prud'homale, la preuve est libre¹¹⁰². Cependant, la preuve d'un fait fautif ne saurait être obtenue en utilisant des moyens portant atteinte aux droits fondamentaux ou au droit des personnes et des libertés individuelles.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme semble évoluer sur ce point. En effet, dans l'affaire Copland c. Royaume-Uni du 3 juin 2007¹¹⁰³ relative à la surveillance des communications d'une assistante de direction au sein d'un « *collège* » anglais, la Cour avait considéré que les appels téléphoniques, les messages électroniques, issus des locaux professionnels étaient inclus a priori dans le champ de protection des concepts de vie privée et de correspondance protégés par l'article 8 § 1 de la Convention, ainsi que les éléments recueillis sur la visite des sites internet. D'autre part, la Cour reprenait le principe selon lequel dès lors que la personne n'était pas informée de la possibilité d'une surveillance, celle-ci pouvait légitimement croire au caractère privé de ses communications¹¹⁰⁴. Enfin, elle constatait qu'il importait peu que les informations n'aient pas été divulguées¹¹⁰⁵.

Une modification de cette jurisprudence est perceptible à la lecture de la décision Barbuлесcu c. Roumanie¹¹⁰⁶ du 12 janvier 2016. En effet, la Cour utilise la référence à la non-divulgation de l'identité des personnes avec lesquelles les communications avaient été faites, ainsi que du contenu de celles-ci¹¹⁰⁷, les tribunaux s'étant limités à utiliser les relevés comme preuves démontrant l'utilisation personnelle des moyens de communication mis à sa disposition par son employeur¹¹⁰⁸.

Rappelons qu'il est impossible à l'employeur de contrôler et a fortiori d'utiliser les propos strictement privés d'un salarié¹¹⁰⁹. D'où la nécessité pour l'employeur de distinguer le degré de publicité des débats. Il faut définir le passage d'une conversation privée à une plus large diffusion. Il s'agit bien là de l'enjeu des débats au regard des exigences de la preuve. Le rôle du juge est alors crucial car il va devoir équilibrer là encore la nécessaire protection de l'entreprise et des droits fondamentaux, celui de la liberté d'expression et du respect de la vie privée. En revanche, il faut aussi rappeler que la responsabilité civile de l'entreprise peut être

¹¹⁰² Cass. soc., 10 nov. 2010, n° 09-40.967, Marboeuf c/ Sté Assistance à la gestion et à l'informatique AGI.

¹¹⁰³ Req. n° 62617/00.

¹¹⁰⁴ § 41 et 42.

¹¹⁰⁵ § 43.

¹¹⁰⁶ Req. n° 61496/08.

¹¹⁰⁷ § 58.

¹¹⁰⁸ Cf. N. Moizard et M. Schmitt, Chronique de droit social européen, Le Journal du droit européen, avril 2015-mars 2016.

¹¹⁰⁹ Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, D. actualité 30 mai 2007, obs. Astaix ; D. 2007, AJ. 2137, obs. Astaix, note J. Mouly ; ibid 3033, obs. E. Dockès, F. Fouvet, C. Géniaut et A. Jaemmaud ; RDT 2007.527, obs. T. aubert-Monpeyssen.

engagée en raison des propos tenus par un salarié, via son adresse électronique professionnelle par exemple comportant bien sûr, l'identification de la société¹¹¹⁰.

1. La jurisprudence au regard des courriers « classiques ».

La Cour de cassation a déjà et depuis fort longtemps justifié la sanction de salarié ayant exprimé des propos excessifs ou injurieux de façon confidentielle, dans un courrier « classique » adressé à la direction. Ainsi dans une décision du 13 octobre 1976¹¹¹¹, la chambre sociale de la Cour de cassation avait considéré que le licenciement d'un adjoint au chef de fabrication pour faute grave était justifié, ce dernier ayant fait parvenir deux courriers au PDG du groupe dont dépendait sa société. Ces courriers dénonçaient la compétence et l'honnêteté de ses dirigeants, mais ces allégations n'avaient pas pu être démontrées par le salarié au cours d'une enquête. Dans une décision du 20 mars 1980¹¹¹², la Cour de cassation déclarait fondé le licenciement d'un cadre qui avait rédigé une lettre destinée à la direction générale, mettant en cause les compétences de son supérieur hiérarchique. Il avait en vain tenté de faire signer cette lettre à un de ses collègues et la lettre n'avait pas été envoyée.

Plus proche de nous, dans une décision du 28 novembre 2006¹¹¹³, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que le licenciement pour faute grave d'un préparateur de commandes était justifié ; ce dernier avait envoyé une lettre comportant des accusations injurieuses et diffamatoires à l'égard de son supérieur hiérarchique.

La Cour de cassation n'exige donc pas que les propos injurieux aient été tenus de façon publique.

2. La notion de courriers personnels

Rappelons en préambule que les courriers électroniques ne sont pas systématiquement des éléments de preuve recevables. Ainsi, le juge peut légitimement rejeter des débats les courriels adressés par le supérieur hiérarchique du salarié à divers salariés de l'entreprise, lorsque l'intéressé ne justifie pas des conditions dans lesquelles il les a obtenus et lorsque les documents litigieux n'apparaissent pas dans la boîte mail du supérieur hiérarchique. Il faut préciser par ailleurs qu'il est possible de « *modifier un mail existant ou de créer de toutes pièces un mail antidaté* ». Les courriels dont l'authenticité n'est pas avérée ne peuvent ainsi constituer des moyens de preuve recevables¹¹¹⁴.

D'après la Cour de cassation, les courriers adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel. L'employeur peut y accéder hors la présence de l'intéressé, sauf si ce dernier les identifie comme étant personnels¹¹¹⁵. Rappelons pour mémoire que la Cour de

¹¹¹⁰ Cf. P. Bèfre, préc. p. 131, § 24 ; J.-F. Ray, « Droit du travail et TIC », Dr. soc. 2007, p. 145, cité par P. Bèfre ; N. Louit-Martinot, « La responsabilité civile de l'employeur face aux libertés du salarié internaute », note sous TGI, Marseille, 11 juin 2003, JCP E, 2004, n° 564.

¹¹¹¹ Cass. soc. 13 oct. 1976, bull. civ. V n° 483, pourvoi n° 75-40.182.

¹¹¹² Cass. soc., 20 mars 1980, Bull. civ. V n° 277, pourvoi n° 78-41.230.

¹¹¹³ Cass. soc., 28 novembre 2006, arrêt n° 2676 F-D, pourvoi n° T 05-45.139.

¹¹¹⁴ Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-43.307, Bonaure c/ Mutuelle Via Santé - La Roussillonnaise

¹¹¹⁵ Cass. soc. 18 octobre 2006, n° 04-48.025, Bull. civ. V., n° 308 ; Cass. soc. 15 décembre 2010, RJS 2/11 n° 92.

cassation avait posé comme principe dès le 2 octobre 2001 dans la décision « *Nikon* »¹¹¹⁶, que l'employeur ne pouvait accéder aux fichiers portant la mention « *personnels* ».

Notons que les « net send », qui sont des messages apparaissant sur l'écran sous la forme d'une fenêtre de messagerie et permettant de discuter, de prévenir un utilisateur avaient déjà suscité de la jurisprudence. La Cour d'appel de Douai leur avait accordé la protection du secret des correspondances¹¹¹⁷, les assimilant à des courriers électroniques. Une décision du 30 mai 2007¹¹¹⁸ de la chambre sociale de la Cour de cassation a posé le principe d'une identification comme personnel du message électronique pour que celui-ci soit protégé, reprenant la règle applicable aux fichiers informatiques situés sur l'ordinateur du salarié.

La jurisprudence et la CNIL ont peu à peu précisé la notion de messages identifiés comme personnels. Cette identification peut provenir de la mention « *personnelle* », de son enregistrement dans un dossier portant la mention « *personnelle* »¹¹¹⁹. De même un courrier électronique envoyés ou reçus depuis le poste informatique du salarié, courrier exclusivement destiné à une personne dénommée par un salarié nominativement désigné et accessible par un mot de passe constitue une correspondance privée¹¹²⁰. A contrario, des courriers insultant la direction et diffusés sur l'intranet de l'entreprise par le salarié lui-même, perdent leur caractère secret¹¹²¹.

De même, des courriels échangés entre une salariée et son supérieur hiérarchique, concubins, pendant leur temps de travail, et relatifs à un incident survenu au cours de la vie professionnelle peuvent être utilisés par l'employeur au cours d'une procédure disciplinaire¹¹²². En l'occurrence, le courriel avait été découvert par le remplaçant d'un salarié, ayant demandé l'accès à ceux-ci pour effectuer sa mission. Le courriel ne portait que la mention « info » et démontrait des tentatives de manipulation de la hiérarchie.

Un employeur ne commet aucune atteinte au secret de la correspondance ou à la vie privée, en se connectant comme tout salarié sans artifice dans une messagerie accessible à tous sans mot de passe spécifique. Chaque poste était identifié par les initiales de son utilisateur¹¹²³. La simple action de la touche « *impression* » par l'expéditeur d'un message faisant apparaître, sur son propre poste informatique, la liste des messages reçus par son destinataire au cours des trois derniers jours, messages qui pouvaient dès lors être affichés, lus et imprimés.

Dans une décision du 2 février 2011¹¹²⁴, la Cour de cassation admet qu'un employeur puisse se prévaloir à l'appui d'une sanction disciplinaire d'un message électronique du salarié, même si celui-ci a été identifié comme personnel, dès lors qu'il l'a obtenu sur initiative d'un ou plusieurs de ses destinataires et non en intervenant sur l'ordinateur du salarié pour le rechercher. En l'espèce, le salarié avait adressé un courriel pendant son temps de travail, à sa compagne, en y insultant sa hiérarchie et annonçant son absence à son poste de travail l'après-midi, malgré une

¹¹¹⁶ Cass. soc. 2 octobre 2001, n° 99-44.942, Bull. V, n°291.

¹¹¹⁷ CA Douai, 30 mars 2007 n° 06-1805, ch. soc. SA Soft Solutions c/Hennique.

¹¹¹⁸ Cass. soc. N° 05-43.102 Sté The Phone House services Telecom CMC c/ Blake.

¹¹¹⁹ Pour un exemple, CF. CA Toulouse 6 février 2003, n° 02-2519, 4^e ch. soc. SA Setec Organisation c/ Van Glabeke, RJS décembre 2003 n° 1254.

¹¹²⁰ CA Versailles, 21 juin 2001 n° 00-774, ch. E, Venet c/ SA France Réseaux système, RJS déc. 2001 n° 1268.

¹¹²¹ CA Versailles, 25 nov. 2003 n° 03-1537, 15^e ch., Rosenzweig c/ SA Waid, RJS juin 2004 n° 648.

¹¹²² Cass. soc. 2 février 2011, pourvoi n° K 09-72.449, arrêt n° 382 F-D, Securitas France c/ Jorge Moreira de Castro.

¹¹²³ CA Rennes, 4 juillet 2000 n° 99-4167, 5^e ch. SARL Agrec c/ Jan.

¹¹²⁴ N° 09-72.313, Ajamri c/ Piscines Waterair, RJS avril 2011, n° 289.

précédente sanction disciplinaire pour absence injustifiée. Ce courrier électronique, dont l'employeur s'est prévalu pour établir la faute grave du salarié, avait été transmis par l'intéressé en copie à une salariée de l'entreprise, qui l'avait communiqué à l'employeur. Cette décision de la Cour de cassation avait été précédée de plusieurs arrêts de Cour d'appel dans le même sens¹¹²⁵. Ainsi La Cour d'appel de Versailles avait précisé dans une décision du 11 février 2003 qu'un employeur pouvait se prévaloir du contenu de messages diffusés par le salarié au sein de l'entreprise, dès lors qu'ils avaient été portés à sa connaissance par un de leurs destinataires¹¹²⁶. En revanche, dès lors que le message utilisé par l'employeur comme moyen de preuve à l'égard du salarié, provient de la messagerie personnelle du salarié, et même si ce dernier est reçu sur sa messagerie professionnelle, ce moyen doit être écarté comme violant le principe du secret de la correspondance. L'origine du message prévaut sur son lieu de stockage ou de réception¹¹²⁷.

En conclusion, il existe quelques brèches dans la protection de la correspondance, le destinataire pouvant, lui-même décidé de communiquer le contenu du courrier, résolvant ainsi la difficulté liée à la preuve.

3. Internet, la liberté d'expression et la protection de l'entreprise

a. Les réseaux sociaux

Le développement important des réseaux sociaux tels que Facebook¹¹²⁸, Twitter, etc... permettant aux salariés d'exprimer¹¹²⁹ leur sentiment, avis, émotions notamment sur leur employeur et conditions de travail oblige celui-ci à veiller à la protection de l'entreprise dans ces nouveaux univers certes virtuels, mais aux effets extrêmement concrets¹¹³⁰. Comme nous allons le voir, dès lors que les propos sont tenus publiquement et critiquent l'entreprise, ses dirigeants, le juge considère qu'il y a abus. Paradoxalement, au regard de la teneur des propos, il est aisé de constater une certaine sévérité du juge au regard des autres situations précédemment rencontrées.

La discussion porte essentiellement sur la notion de conversation publique ou privée. Le juge prend dès lors en considération, et très fortement, la protection de l'entreprise. Il est beaucoup plus protecteur pour l'entreprise en définissant la notion de conversation publique sur les réseaux sociaux de façon plus large qu'à l'égard d'une conversation orale « classique » en considérant notamment que l'utilisateur se doute de l'audience de ses propos. Certes, les salariés ont toujours discuté, voire critiqué leur entreprise oralement, entre eux ou avec des personnes extérieures à celles-ci, utilisant ainsi leur liberté d'expression. Mais les réseaux sociaux apportent une modification importante, en passant à l'écrit des propos tenus généralement oralement. Cela assure une visibilité et une pérennité que la conversation habituelle ne permet pas¹¹³¹ et dont les salariés, entre autres, ne semblent pas toujours avoir conscience. Cela facilite d'ailleurs l'administration de la preuve pour l'employeur, dès lors que ces propos sont accessibles publiquement. Le danger est d'autant plus grand que l'écrit ne retranscrit pas

¹¹²⁵ CA d'appel de Limoges, 23 février 2009, n° 08-1112, ch. soc. Lestage c/ SA Generali Vie, RJS 8-9/09 n° 680.

¹¹²⁶ CA Versailles n° 02-293, Monton c/ SA EBP informatique.

¹¹²⁷ Cass. soc. 26 janvier 2016, n° 14-15.360, SARL Espace Gestion Bordeaux Gironde c/ Mme A, JCP S, n° 10, 15 mars 2016, 1087, note B. Bossu.

¹¹²⁸ Pour une présentation de certains aspects de Facebook, J.-E. Ray, « Little Brothers are watching you », Sem. Soc. Lamy 2010, n° 1470, p. 10 et s.

¹¹²⁹ Sur les notions de « publications », Cf. « La notion de « publication ». Les insupportables incertitudes du droit », E. Derieux, JCP n° 49, déc. 2010, 1195.

¹¹³⁰ Cf. J.-E. Ray, « Facebook, le salarié et l'employeur », Dr. Soc.2011, p. 128.

¹¹³¹ Cf. « Les « amis » de nos » amis », JCP entreprises n° 48, 2 déc. 2010 act. 641, P.-Y. Verkindt.

efficacement certaines nuances que l'on peut exprimer oralement, notamment le ton, malgré les onomatopées et autres « *smiley* » utilisés¹¹³².

D'autre part les notions de lieu et de temps sont abolies. L'entreprise est définie géographiquement et le temps de travail y est précisé, même s'il existe une perméabilité entre la vie personnelle et le temps de travail¹¹³³. Sur les réseaux, les propos demeurent et sont accessibles en tout lieu et tout le temps. Plusieurs affaires sont emblématiques de ces questions¹¹³⁴. Dans tous les cas, les propos avaient été tenus sur des pages accessibles « *aux amis des amis* » par les salariés, sur les « *murs* » du site Facebook. La problématique de la preuve de l'auteur des propos n'a pas été discutée dans ces affaires, les salariés reconnaissant les avoir tenus¹¹³⁵. La discussion a porté essentiellement sur l'aspect privatif de ces derniers, cet aspect permettant ou non leur utilisation par l'employeur¹¹³⁶.

Dans un premier cas¹¹³⁷, un journaliste cadre au sein de la société L'Est L'Eclair avait fait l'objet d'un avertissement en raison des « *propos injurieux et diffamatoires* » tenus sur le mur Facebook d'une autre salariée, mur accessible à tous. Ces propos consistaient en injures à l'égard d'un membre de la direction, dont le nom n'était pas mentionné et qui n'était pas clairement identifiable. Cet avertissement sera annulé par le Conseil de Prud'hommes de Troyes¹¹³⁸, décision confirmée en appel¹¹³⁹. Cette dernière précisera que l'employeur pouvait se prévaloir des propos tenus, mais qu'il n'existait aucune certitude quant au rattachement de ces derniers à l'entreprise ou à l'un de ses membres. Pour démontrer qu'il n'y a pas violation de la correspondance privée, la Cour d'appel prend soin de préciser que les journalistes ne peuvent ignorer que « *la manipulation d'outils de communication moderne (...) ne leur assurent pas toute la discrétion nécessaire pour des propos qui sont censés rester dans la sphère privée* » et que « *nul ne peut ignorer que Facebook (...) ne garantit pas toujours la confidentialité nécessaire* ».

Selon la Cour, en apposant un message sur le mur d'une autre personne, le salarié s'est exposé à ce que cet utilisateur ait des centaines d'amis ou n'ait pas bloqué les accès à son profil. Or en l'espèce, il n'était pas démontré que la salariée ait bloqué l'accès à son mur. Enfin, et surtout d'après la Cour, si le salarié avait souhaité faire parvenir un message d'ordre privé, « *il pouvait utiliser la boîte mail individuelle de Facebook, ce qu'il n'a pas fait* ».

¹¹³² Pour reprendre les propos du professeur Verkindt, « C'est le style oral qui est transféré à l'écrit mais avec la rigidité, la pérennité et l'irréversibilité de l'écrit », préc.

¹¹³³ « Tous connectés, partout, tout le temps ? », J.-E. Ray, Dr. soc. 2015.516.

¹¹³⁴ CPH Boulogne-Billancourt 19 novembre 2010 n° 10-853 Barberac/SAS Alten Sir (et une autre affaire identique traitée le même jour avec une salariée de la même entreprise pour les mêmes faits : Southiphong /sté Alten Sir), RJS 1/11 n° 5 ; RDT 2011, p. 39, note M. Kocher ; Dalloz act. 26/11/2010, obs. A. Astaix ; Recueil Dalloz 2010 p. 2824, note C. Féral-Schuhl ; CA Reims 9 juin 2010 n° 09-3209 ch. soc., SAS L'Est Eclair c/ Callendreau, RJS 1/11 n° 5.

¹¹³⁵ La preuve du motif du licenciement peut être fournie par tous moyens. En effet, en matière prud'homale, la preuve est libre (Cass. soc., 10 nov. 2010, n° 09-40.967, Marboeuf c/ Sté Assistance à la gestion et à l'informatique AGI). Cependant, la preuve d'un fait fautif ne saurait être obtenue en utilisant des moyens portant atteinte aux droits fondamentaux ou au droit des personnes et des libertés individuelles.

¹¹³⁶ Cf. à ce sujet, J.-E. Ray, « Facebook, le salarié et l'employeur », Dr. soc. 2012, p. 128.

¹¹³⁷ CA Reims, 9 juin 2010 préc.

¹¹³⁸ CPH Troyes, 16 décembre 2009.

¹¹³⁹ CA Reims, 9 juin 2010 préc.

Dans le second cas¹¹⁴⁰, une salariée cadre¹¹⁴¹, chargée de recrutement a été licenciée pour « *incitation à la rébellion contre la hiérarchie et dénigrement envers la société* » sur le site Facebook d'un autre salarié, un samedi soir, hors du temps de travail. Des salariés choqués par les échanges avaient édité puis communiqué à l'employeur lesdits échanges. La salariée avait révélé appartenir à un club « *des néfastes* », membres du service RH, que l'on intégrait par le respect d'un rite consistant « *à se foutre de la gueule* » de leur supérieure hiérarchique « *toute la journée sans qu'elle s'en rende compte* » et à « *lui rendre la vie impossible pendant plusieurs mois* ». La salariée n'a à aucun moment contesté avoir tenu ces propos, mais a défendu le principe d'une plaisanterie, ce qui n'a pas convaincu le juge, même si dans un premier temps, il y a eu partage des voix au sein du Conseil de Prud'hommes.

Pour justifier le licenciement pour faute grave, le Conseil relève plusieurs éléments :

- la fonction des salariés (chargé de recrutement) les mettant en contact avec des candidats et de futurs salariés ;
- l'atteinte à l'image de l'entreprise en raison du nombre de personnes (salariés, clients, fournisseurs,...) ayant pu y avoir accès.
- L'atteinte à l'autorité et à la réputation de leur supérieur hiérarchique.

Le juge relève que le compte sur lequel ces propos ont été tenus, était paramétré pour être accessible aux amis du titulaire ainsi qu'à leurs amis, permettant ainsi « *un accès ouvert, notamment par les salariés ou anciens salariés de la société Alten Sir* ». Le Conseil prend d'ailleurs soin de noter que sur la liste des titulaires du compte, onze personnes étaient salariées de l'entreprise et ont eu accès aux propos « *ce qui a porté atteinte à son image* ». En outre, cette page était susceptible d'être lue par des personnes extérieures à l'entreprise, « *nuisant à son image* ». Ce paramétrage permet de considérer selon le juge, que les propos ne relèvent plus de la sphère privée, justifiant ainsi non seulement la licéité de la preuve mais aussi la sanction de la salariée. Dès lors, cela suffit à faire tomber dans la sphère publique les propos tenus, et de permettre à l'employeur d'exercer son contrôle protecteur.

Une analyse similaire sera pratiquée par les Cours d'appel de Besançon¹¹⁴² et de Lyon. Cette dernière, dans une décision du 24 mars 2014¹¹⁴³ a eu à se prononcer sur le comportement d'un salarié qui avait tenu des propos insultants et diffamatoires à l'égard de sa direction sur son compte Facebook, sans activer les critères de confidentialité. La Cour a retenu l'abus dans la liberté d'expression et la faute grave. Cette dernière fut justifiée au motif que d'autres salariés avaient pu avoir connaissance des propos. En revanche, la Cour de Lyon considère que dès lors que la preuve de la connaissance par les clients des propos n'est pas rapportée, la faute grave ne peut être retenue à l'encontre du salarié. L'activation des critères de confidentialité semble être ici le critère déterminant.

Il convient de rappeler la différence entre des débats publics et des propos échangés à titre privé. Faudrait-il penser que tout ce qui est public n'est pas privé ou réciproquement¹¹⁴⁴ ? La loi du 30 septembre 1986¹¹⁴⁵ dispose qu'en matière de communication « *électronique* », « *on entend par communication au public par voie électronique, toute mise à disposition du public ou de*

¹¹⁴⁰ CPH Boulogne-Billancourt du 19 novembre 2010 préc.

¹¹⁴¹ En fait deux salariées, mais le Conseil a statué de façon identique dans les deux cas le même jour.

¹¹⁴² 15 nov. 2011, n° 10-02642, ch. soc., F. c/ Sté Casa France.

¹¹⁴³ n° 13-03463, ch. soc. A, SA Catesson c/ D.

¹¹⁴⁴ E. Derieux, « La notion de « publication ». Les insupportables incertitudes du droit », JCP G, n° 49, 6 déc. 2010, 1195.

¹¹⁴⁵ N° 86-1067.

catégories de public » de messages « *qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* ». La notion de publication qui englobe la publicité des débats fait référence à cinq critères :

- Le nombre de destinataires du message. Il est évident que l'auteur souhaite diffuser son œuvre à plusieurs exemplaires.
- Le lien entre les personnes (lien familial, personnel, ...).
- Le lieu : un espace public est un espace libre d'accès. Les forums de discussion ouverts à tous sont donc sans conteste des espaces publics réservés toutefois aux usagers d'internet.
- Le temps : peu importe la durée pour tenir des propos publics. Pour une publication au sens littéral, la périodicité indique leur statut.
- Les moyens : tous les moyens peuvent être utilisés.

Les deux derniers critères ne présentent que peu d'intérêt au regard de la situation étudiée. En revanche, le premier et le second critère apportent un éclairage nouveau : ne s'agissait-il pas d'un échange au sein d'un nombre de destinataires limités et liés par une communauté d'intérêt, à savoir l'entreprise ou leur service RH ? Quant au troisième critère, peut-on considérer qu'un forum « *virtuel* » est obligatoirement public dès lors qu'il n'est pas démontré que l'individu connaisse les caractéristiques du « *mur Facebook* » ? Ne peut-on imaginer ne dialoguer qu'avec les personnes présentes à ce moment sur le mur ?

Dans un endroit public, la question n'a pas de sens car la réalité physique est perceptible, mais dans un lieu « *virtuel* », l'intervenant connaît-il le degré de publicité de ses propos dès lors qu'il est effectué sur le mur d'une autre personne qu'au surplus il connaît personnellement ? Certes, lors de l'accès au site Facebook d'une personne, ses amis apparaissent, mais cela n'influence pas le caractère privé d'une conversation. A posteriori, la preuve a été rapportée que les amis des amis pouvaient avoir accès à ses échanges, certes, mais était-ce la volonté du salarié ayant tenu ses propos ?

Le juge ne devrait-il pas exiger lors d'échanges sur des forums « *virtuels* » la preuve que le salarié ait connaissance de la publicité des débats ? Force est de constater qu'à aucun moment ni le Conseil de Prud'hommes, ni la Cour d'appel ne démontre que les salariés avaient agi en pleine connaissance de cause quant à la publicité de leurs débats. La seule remarque de la Cour d'appel consistant à présupposer que si le salarié avait souhaité envoyer un message d'ordre privé, « *il pouvait utiliser la boîte mail individuelle de Facebook* », n'est en soi aucunement la preuve de la volonté de rendre public ses propos.

La motivation de la Cour d'appel consistant à affirmer que « *nul ne peut ignorer que Facebook (...) ne garantit pas toujours la confidentialité nécessaire* », n'emporte pas l'adhésion immédiate. Nous pouvons reprocher aux salariés de ne pas avoir été suffisamment prudents à ce sujet. Enfin, les juges adoptent un raccourci critiquable dans cette décision, puisqu'à la lecture de celle-ci, il semblerait que dès lors que les propos n'appartiennent pas à la sphère privée, cela justifierait une sanction disciplinaire. Or, entre la vie privée et la vie professionnelle, existe le champ de la vie personnelle du salarié. Il était donc nécessaire pour compléter le raisonnement du juge de déterminer le rattachement à la vie personnelle ou professionnelle des actes commis, et la violation ou non d'une obligation contractuelle, voire l'existence d'un trouble objectif apporté à l'entreprise.

Les sanctions pour des propos injurieux peuvent relever de l'infraction pénale. Un salarié, ému par le suicide d'une salariée, avait posté sur le compte Facebook de son syndicat au sein de

l'entreprise, les propos suivants : « *journée de merde, temps de merde, boulot de merde, boîte de merde, chefs de merde... Ben j'aime pas les petits chefaillons qui joue au grand* ». La société avait porté plainte. Le salarié fut condamné pour injures publiques car la direction était identifiable, que sa supérieure hiérarchique pouvait également se sentir visée par les propos. De plus, le lien entre le suicide de la salariée et son activité professionnelle n'était pas établi, pas plus que la volonté de dissimuler l'information par la direction¹¹⁴⁶.

Plus récemment, la première chambre civile de la Cour de cassation¹¹⁴⁷ a rendu une première décision mesurée dans l'appréciation. Dans cette affaire ; où une salariée avait tenu des propos assez violents¹¹⁴⁸ à l'égard de sa responsable sur les réseaux Facebook et MSN, la chambre civile a considéré que les propos tenus sur les comptes ouverts par l'intéressée aux seules personnes, en nombre restreint, agréées par elle-même, qui constituaient donc une communauté d'intérêts et qu'ainsi, les propos ne pouvaient constituer des injures publiques. En revanche, elle reprochera à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si les propos litigieux pouvaient être qualifiés d'injures non publiques.

Dans tous les cas, l'employeur a reproché aux salariés d'avoir abusé de leur liberté d'expression. Rappelons pour mémoire que la Cour de cassation sanctionne l'abus dans la liberté d'expression que ce soit dans l'entreprise¹¹⁴⁹ ou hors de ses murs. Toutefois, elle opère un examen très strict de l'abus¹¹⁵⁰ en utilisant généralement la référence à des propos « *injurieux, diffamatoires ou excessifs* ». En outre, cette liberté peut être restreinte dès lors que la justification se trouve dans la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹¹⁵¹. Si la décision de la Cour d'appel de Reims précédemment citée se trouve dans le droit-fil de cette jurisprudence, force est de constater que la décision du Conseil de Prud'hommes s'en distingue. En effet, dans cette affaire, il n'y a pas réellement de propos injurieux ou excessifs à l'égard du responsable hiérarchique mais plutôt l'organisation d'un mouvement « *contestataire* », voire détestable pour celui-ci.

Il faut noter que les propos ne dénigrent pas non plus le supérieur hiérarchique lui-même. Est-ce un dénigrement indirect comme le soutient le professeur Verkindt¹¹⁵² ? Il est difficile de l'affirmer avec certitude. En revanche, la motivation du licenciement aurait pu être fondée sur la dégradation des conditions de travail ou la nécessaire protection que l'employeur doit assurer au salarié, ainsi que le respect par un salarié de la sécurité de ses collègues¹¹⁵³.

En attendant une position définitive de la Cour de cassation sur ce sujet, il est aisé de constater que cette solution est très protectrice des intérêts de l'entreprise, dans la mesure où l'audience réelle des propos du salarié n'est pas exigée, pas plus que sa connaissance de son propre mode d'expression (public ou privé). En effet, le salarié qui s'exprime n'est pas celui qui a paramétré la confidentialité des échanges, et c'est pourtant ce point qui lui est reproché ?

¹¹⁴⁶ TGI Paris, 17^e ch. corr., 17 janv. 2012, n° 1034008388 ; Semaine sociale Lamy, 23 janv. 2012, n° 1522, p. 14.

¹¹⁴⁷ 10 avril 2013, n° 11-19.530, bull. I, n° 70.

¹¹⁴⁸ ... *devrait voter une loi pour exterminer les directrices chieuses comme la mienne ! ! ! (site MSN)* » ; « *extermination des directrices chieuses* » (Facebook) ; « *éliminons nos patrons et surtout nos patronnes (mal baisées) qui nous pourrissent la vie ! ! !* » (Facebook) ; « *Z... motivée plus que jamais à ne pas me laisser faire. Y'en a marre des connes* ».

¹¹⁴⁹ Cf. par exemple Cass. soc. 30 oct. 2002, n° 00-40.868, jurisdata n° 2002-016283 ; Dr. Soc. 2003, p. 136, obs. F. Duquesne.

¹¹⁵⁰ Cf. par exemple Cass. soc. 19 oct. 2010, n°09-42.180.

¹¹⁵¹ Cf. Cass. soc 30 oct. 2002.

¹¹⁵² P.-Y. Verkindt, « Les « amis » de nos « amis » ... », JCP E n° 48, 2 déc. 2010, act. 641.

¹¹⁵³ Cf. en ce sens M. Kocher, « Méfiez-vous de vos @mis ! », RDT 2011, p. 39.

Pour faire un parallèle avec une conversation privée, peut-on être sûr que nos propos ne sont pas entendus par d'autres ? S'ils l'étaient, cela transformerait-il pour autant une conversation privée en propos publics ? Sur ce point, les arguments de nos juges ne semblent guère convaincants. Ainsi la chambre sociale de la Cour d'appel de Reims précise qu'en inscrivant un message sur un mur Facebook, le salarié s'expose à « *ce que tout individu inscrit sur Facebook puisse accéder librement à ces informations* », et donc que l'atteinte à la vie privée n'est pas caractérisée « *au regard de tous les individus (...) qui peuvent (...) accéder à son mur et aux messages* ». Mais un salarié discutant sur une terrasse de café, dans un restaurant, ou même chez lui ne court-il pas le même risque ? Il semble que le juge retienne comme critère l'absence de précaution du salarié. D'ailleurs la Cour d'appel rappelle qu'un journaliste ne peut ignorer les risques liés à l'utilisation d'internet concernant la confidentialité des échanges.

- la preuve de la nuisance à l'image de l'entreprise n'est pas apportée réellement (2nde affaire uniquement), même si elle est évoquée dans la seconde affaire.
- La sanction aurait-elle été identique s'il ne s'agissait pas d'un cadre ?

Pire, en ne démontrant pas la connaissance du caractère public de ses propos, le soupçon de stratagèmes ne peut totalement être écarté. Or la Cour de cassation interdit ces pratiques par l'employeur au nom du principe de loyauté, que ce soit des provocations¹¹⁵⁴ qui fait remettre des listings à un salarié hors de son temps de travail et par une tierce personne et l'avait fait constater par huissier, ou des stratagèmes¹¹⁵⁵.

La Cour d'appel de Besançon, dans un arrêt du 15 novembre 2011¹¹⁵⁶ a considéré que le fait pour une salariée de la société Casa de tenir des propos violents et excessifs sur Facebook, lors d'une discussion avec un ancien directeur licencié pour faute grave constituait bien un abus de liberté d'expression. Au cours du dialogue, il précisait « *oui, c'est clair, cette boîte me dégoûte (...); oui c'est sûr tu vas retrouver quelque chose, ça va te permettre de voir d'autres horizons, mais ça fait quand même chier la façon dont ça s'est passé, ils méritent juste qu'on leur mette le feu à cette boîte de merde* ».

La Cour d'appel prend soin de relever que la salariée n'ignorant pas le fonctionnement du site, pouvait se mettre en « *discussion privée* », que « *pour ce faire elle disposait en effet de la faculté de s'entretenir en particulier avec lui en utilisant la fonctionnalité adéquate proposée par le site* », ce qui n'était pas le cas ici.

b. Les blogs

Le blog est un outil issu des nouvelles technologies de l'informatique et de la communication permettant à tout un chacun de publier librement ses propos, des images, sur internet, grâce à l'utilisation de logiciels spécifiques, généralement sur un site internet ou sur ses pages personnelles. Il est placé sous la réglementation des propos tenus publiquement sans spécificités particulières.

Le TGI de Paris¹¹⁵⁷ a considéré dans un jugement du 16 octobre 2006, qu'un salarié pouvait raconter sur son blog le conflit qui l'oppose à son employeur, alors que la juridiction

¹¹⁵⁴ Cass. soc. 16 janvier 1991 n° 89-41.052, Benamou c/ Sté Pullflex, Bull.civ. V, n° 15.

¹¹⁵⁵ Cass. soc. 16 janvier 1991 n° 89-41.052 préc. ; CA Chambéry, 15 mars 2011 n° 10-01574 BS 5/11 inf. 448.

¹¹⁵⁶ CA Besançon, ch. soc., 15 novembre 2011 n° 10-02642, F. c/ Sté Casa France : RJS 4/12 n° 297.

¹¹⁵⁷ 16 octobre 2006 n° 06/08820, Sté Nissan Europe c/ Gonier, RJS 4/07 n° 409.

prud'homale est saisie. Cependant, le juge précise que l'auteur du blog doit posséder des éléments apportant un crédit à des imputations diffamatoires à l'égard de tiers¹¹⁵⁸, et qu'en outre, la reproduction sans autorisation sur son site d'informations nominatives (nom, prénom, courriel, etc...) viole la loi du 6 janvier 1978 informatique et libertés. Enfin, le salarié ne dispose pas plus du droit de reproduire une image provenant d'une publicité de son employeur en application, de l'article L. 122-4 du Code la propriété intellectuelle.

En conclusion de cette partie consacrée à la liberté d'expression, nous pouvons constater que la jurisprudence ne modère pas les restrictions apportées à celle-ci selon le degré de proximité du client. Les critères restent identiques, à savoir la tenue de propos « *injurieux, diffamatoires ou excessifs* », et la Cour de cassation n'ouvrent pas la voie à une utilisation du non-respect de l'obligation de loyauté. Le client ne joue donc pas un rôle similaire, permettant à l'entreprise de restreindre cette liberté fondamentale, comme cela se produit avec la liberté religieuse. La notion de risque pour l'entreprise n'est pas utilisée, et seuls des faits avérés face à des clients ou éventuels prospects sont sanctionnés.

Pour synthétiser l'ensemble de nos observations de cette seconde partie, nous constatons que le juge n'exerce pas sur les libertés des salariés, notamment les libertés fondamentales des restrictions homogènes selon les thématiques rencontrées. Alors que la jurisprudence est extrêmement scrupuleuse au regard des libertés vestimentaire et religieuse quant à la protection des intérêts de l'entreprise, tel n'est pas le cas pour la liberté d'expression ou pour la liberté contractuelle.

¹¹⁵⁸ L'auteur engage sa responsabilité dans le cas contraire, cf. TGI Paris 9 mai 2001 n° 00-19611, RJS 1/02, n° 10.

Conclusion

Au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, nous avons assisté à l'augmentation de la densité des libertés reconnues aux salariés-citoyens et à leur reconnaissance d'une protection forte, notamment par le biais de leur intégration au bloc constitutionnel. Cette lutte du salarié fut victorieuse lorsque la partie adverse n'était constituée que de l'employeur. Dans une société de consommation, où la concurrence est exacerbée, dans un contexte de faible croissance économique, le client, par ses exigences, devint un adversaire beaucoup plus difficile pour le salarié et ses libertés. La présente étude démontre que les restrictions que l'entreprise peut apporter aux libertés dont disposent le salarié, afin de protéger les intérêts de l'entreprise au regard des exigences ou de la proximité du client, sont non seulement importantes, touchent des libertés fondamentales, mais surtout que l'intensité de cette atteinte augmente avec la proximité du client, voire avec les exigences du client. Dans un second temps, nous avons observé que la situation est loin d'être homogène pour l'ensemble des libertés en cause, notamment si l'on compare deux libertés fondamentales telle que la liberté religieuse et la liberté d'expression.

Le juge adopte dans certains cas une ligne extrêmement protectrice des intérêts de l'entreprise, notamment en matière de liberté vestimentaire, puisque la nécessité du contact avec le client n'a pas à être démontrée ; la simple possibilité suffit à justifier une sanction. Cela n'est pas exigé avec la liberté d'expression, où bien évidemment les propos doivent avoir été tenus, et surtout, le juge ne pratique aucune distinction selon l'environnement au sein duquel se sont tenus ces propos. La jurisprudence fait référence aux mêmes critères d'appréciation de l'abus de cette liberté, à savoir la tenue de propos injurieux, diffamatoires ou manifestement excessifs. Autrement dit, le risque apparaît comme un standard d'appréciation du comportement du salarié pour la liberté vestimentaire, voire la liberté religieuse, mais n'est pas le critère déterminant pour la liberté d'expression. Dans un cas, la présence réelle ou éventuelle du client ou prospect permet au juge de confirmer des sanctions préventives, alors que dans le second cas, la présence du client ne modifie en rien les critères d'appréciation des propos. Le juge n'accepte pas un accroissement de la liberté d'expression du salarié au fur et à mesure que la présence du client s'atténue. Le positionnement hiérarchique du salarié ne modifie pas non plus l'approche du juge. La seule exception notable réside dans une plus grande liberté de ton laissée aux cadres dirigeants, au sein de l'entreprise.

La différence de traitement par la jurisprudence de la liberté religieuse et de la liberté d'expression, pourrait conduire à croire que soit le juge est influencé par le contexte social, soit qu'il tient compte de ce contexte afin de protéger les intérêts de l'entreprise. Pour la liberté d'expression s'exprimant sur un support digital, le juge reprend les mêmes standards mais utilise comme critère l'accès public à la conversation, notamment l'absence de restriction d'accès aux amis des amis. Il est aisé de constater que le juge qui sanctionne des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, contenus dans une simple lettre adressée à la direction de l'entreprise, sans utiliser de critère de publicité, reprend pourtant ce critère, lorsque les propos sont tenus sur les réseaux sociaux. La jurisprudence n'a pas de traitement homogène des situations.

La justification d'un licenciement pour troubles objectifs apportés à l'entreprise conforte cette démonstration à plusieurs titres. D'une part, l'origine jurisprudentielle du concept permet d'affirmer que c'est le juge lui-même qui a ressenti la nécessité de mettre en place un élément supplémentaire de protection de l'entreprise, alors même que progressivement, il restreignait sous l'effet des textes légaux et de sa propre évolution jurisprudentielle, les possibilités de

licenciement¹¹⁵⁹. D'autre part, le flou qui entoure la notion de troubles objectifs permet à l'entreprise de conserver une capacité à sanctionner les comportements du salarié plus importante. Enfin, le fait que la démonstration du trouble ne soit pas réellement exigée, élargit encore le champ d'action de l'entreprise.

L'importance de l'impact du client sur les libertés du salarié, fondamentales ou non, peut également être constatée lorsque celui-ci est à l'origine de la conception ou de la rupture du lien contractuel entre le salarié et son employeur. Cela constitue l'atteinte la plus fondamentale que l'on puisse exercer en droit du travail, puisqu'elle touche à la relation contractuelle elle-même. Cette atteinte est d'autant plus forte que la rupture de la relation peut être effectuée de manière préventive, y compris pour des faits qui se sont déroulés hors temps de travail, de manière à éviter une désaffection de la clientèle. Cette même logique se retrouve dans l'utilisation de la notion de troubles objectifs apportés à l'entreprise, puisque le juge se dispense de vérifier *in concreto*, d'une manière précise la démonstration d'un trouble mais plus simplement la possibilité de celui-ci.

En définitive, il est tout à fait compréhensible que les exigences liées à la présence du client aient créé un débat parfois virulent, en matière de liberté religieuse, dans une période marquée par une concurrence effrénée et dans un contexte de méfiance à l'égard de la religion musulmane¹¹⁶⁰. C'est dans un premier temps, devant la Cour européenne des droits de l'homme que le débat va se développer, celle-ci estimant que l'entreprise doit trouver un juste équilibre entre le désir de manifester sa foi et le souhait de celle-ci de véhiculer une certaine image de marque, entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu. L'intérêt de l'entreprise à protéger son image n'est pas remis en cause par la Cour¹¹⁶¹. Le juge européen ou les juges du fond français, ne contestent pas réellement pour l'instant, la possibilité dont dispose l'entreprise de limiter l'expression de la foi en présence de clients ou de prospects. Il est dès lors parfaitement compréhensible que les salariés se soient retranchés derrière les textes relatifs à la discrimination, tant nationaux qu'internationaux, qui effectivement, vont générer une difficulté plus importante pour nos juridictions. En effet, le renforcement de l'efficacité économique de l'entreprise, notamment sa capacité de séduction à l'égard de ses clients et prospects, passe notamment par l'apparence de ses salariés. Cela inclut nécessairement des questions liées à des éléments de décision prohibés, notamment la religion ou l'âge. Or la religion représente un élément fondamental des caractéristiques de l'individu, de ses valeurs, qu'il soit croyant ou non.

Les premiers éléments de résistance semblent émaner de la chambre sociale de la Cour de cassation, en refusant d'accorder le droit aux écoles de ski de recruter des moniteurs plus jeunes en se séparant des plus anciens, elle énonce clairement que la demande de la clientèle n'est pas un motif légitime pour de telles pratiques. En considérant que la réglementation portant sur les signes religieux de la crèche Baby loup était de portée générale et en cumulant les conditions des articles L. 1121-1 et 1132-1 du Code du travail, celle-ci montrait déjà une volonté de rendre plus complexe l'appréciation de la situation. La discussion va se situer désormais sur l'interprétation de l'article L. 1132-1 du Code du travail qui permet une différence de traitement

¹¹⁵⁹ Nous faisons ici référence à l'apparition progressive de l'obligation de motiver le licenciement, la disparition de certaines causes de licenciement telle que la perte de confiance.

¹¹⁶⁰ 73 % des français disent avoir une image négative de l'islam contrairement aux autres religions, Cf. « Les français inquiets de l'Islam (sondage) », Le Figaro, publié le 16 avril 2013 ; « Sondage exclusif : l'image de l'islam se dégrade en France et en Allemagne », Le Figaro, publié le 28/04/2016. « Pour 55 % des français, l'islam est trop visible », Cf. « Sondage : ce que les français pensent de l'islam », Le Parisien, publié le 20 juin 2015.

¹¹⁶¹ CEDH, 15 janvier 2013, 012(2013), Eweida et autres c. Royaume-Uni préc.

dès lors qu'elle répond « à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». L'exigence de la clientèle peut-elle s'y rattacher ? C'est la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la Cour de justice de l'Union européenne¹¹⁶². En cas de réponse positive, ce serait bien évidemment une nouvelle victoire du client sur le salarié. Mais, en refusant d'assimiler le souhait d'un client que ce soit de manière implicite ou explicite « à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée », la Cour de justice de l'Union européenne risquerait de créer une différence d'appréciation importante entre les deux juridictions supranationales. D'un côté, l'interdiction du port de vêtements religieux serait acceptée pour les salariés en situation de contacts visuels avec la clientèle dès lors que l'entreprise a procédé à la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts du salarié et les siens propres, alors même que la demande serait pour le moins implicite de la part de la clientèle. Et de l'autre, cette pratique serait interdite dès lors que le client l'exigerait explicitement, car ne correspondant pas à une exigence professionnelle et déterminante, ni à un objectif légitime. Sur notre territoire, l'employeur pourrait toutefois toujours recourir à la notion de troubles objectifs apportés à l'entreprise pour sanctionner ce type de comportements au regard d'une position jurisprudentielle très souple sur son appréciation.

Plusieurs observations et recommandations peuvent être faites. L'intérêt de l'entreprise réside dans la séduction de ses prospects et clients, quelles que soient leurs opinions, leurs croyances religieuses, leurs sexes, leurs origines, à l'exception des entreprises de tendance. L'entreprise peut donc décider de veiller à assurer une réelle neutralité de son apparence au regard de ses clients ou prospects et il s'agit bien là d'une exigence essentielle liée à l'efficacité économique de l'entreprise. Elle est la mieux à même de mesurer les contraintes nécessaires pour assurer son image. Cette exigence est d'autant plus importante que l'entreprise peut avoir une clientèle très diversifiée, qu'elle soit nationale ou internationale. Vouloir empêcher une entreprise de veiller à son image au travers du comportement de ses salariés, de leur expression ou habillement, en contact avec ses clients, est tout simplement illusoire en présence d'une concurrence intense sur un champ économique totalement ouvert. L'intérêt de l'entreprise comme standard d'appréciation des décisions prises par l'employeur à ce sujet paraît tout à fait adapté dès lors que les décisions prises ne sont pas manifestement abusives, ce que permet de contrôler l'article L. 1121-1 du Code du travail. En revanche, les parties restent relativement avares de preuves objectives de leur raisonnement, notamment en matière vestimentaire ou du port de signes religieux. Ces éléments pourraient être constitués par des témoignages de clients, des enquêtes, études, etc... mais force est de constater que celles-ci brillent par leur absence. Il est tout aussi nécessaire que le juge ne se transforme pas en arbitre des élégances, comme nous

¹¹⁶² Cass. soc. 9 avril 2015 n° 13-19.855 ; J. Colonna, V. Renaux-Personnic, « Le foulard islamique dans l'entreprise : acte III », La Gazette du Palais, 15/07/2015, p. 32 ; C. Wolmark, « Le foulard dans l'entreprise. La CJUE invitée dans le débat », Dr. Soc. Juillet 2015, n° 7-8, p. 648-649 ; B. Aldigé, « Port du voile islamique par une salariée : prise en compte des souhaits de la clientèle ? », JCP S 2015, n° 25, p. 25 ; B. Bossu, « Discrimination-Le voile islamique et la clientèle de l'entreprise », JCP S 2015 n° 25, p. 26 ; F. Cassereau, « La laïcité en entreprise : les vicissitudes du juge et du législateur », Gaz. Pal.2015, n° 144, p. 8 ; M. Miné, « Liberté d'expression religieuse versus loi du marché », RDT, 2015, n°6, p. 405 ; H. Tissandier, « Liberté individuelles-Port du voile : la Chambre sociale botte en touche », RJS 2015, n° 388, p. 9 ; J. Mouly, « Le voile dans l'entreprise : nouveaux rebondissements sous l'angle de la discrimination », Rec. Dalloz 2015, n° 19, p. 1132 ; B. Aldigé, « Port du voile islamique par une salariée : prise en compte des souhaits de la clientèle ? », JCP G éd. Générale, 2015, n° 21, p. 986 ; J. Icard, « Renvoi préjudiciel à la CJUE sur l'interdiction individuelle du voile en entreprise décidée par l'employeur à la demande des clients », Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 2015, n° 274, p. 261 ; C. Willmann, « Neutralité dans l'expression de ses convictions religieuses : la qualification d'"exigence professionnelle essentielle et déterminante" en débat », Lexbase hebdo-Edition Sociale, 2015, n° 610 ; F. Champeaux, « Chambre sociale cherche CJUE désespérément », Semaine sociale Lamy 2015, n° 1672, p. 5.

l'avons constaté, en palliant par sa propre appréciation, les carences dans les démonstrations des parties.

Nous pouvons donc constater d'une part que les libertés du salarié, notamment les libertés fondamentales, ne sont pas protégées de façon homogène par le juge, face notamment à la présence ou aux exigences du client. D'autre part, le juge s'est montré beaucoup plus vigilant sur l'expression de la liberté religieuse au sein de l'entreprise et la protection de la liberté d'entreprendre, qu'au regard de la liberté d'expression. Paradoxalement, alors même que cette dernière pourrait contenir une menace plus importante pour l'entreprise, notamment pour des propos tenus en présence de clients, le juge n'utilise pas de critères spécifiques, ou un standard particulier destiné à mettre en place une protection augmentée de l'entreprise. Enfin, les outils juridiques à la portée du juge doivent être harmonisés. En effet, la jurisprudence relative à la notion de troubles objectifs apportés à l'entreprise, création purement prétorienne qui plus est, ne doit pas permettre à l'entreprise de contourner les protections apportées par les articles L. 1121-1 et 1132-1 du Code du travail. Le juge doit examiner la cause de ces troubles objectifs et ne reconnaître l'existence de ces derniers que si des motifs prohibés en matière de discrimination ne sont pas à l'œuvre. Enfin, il est absolument nécessaire de coordonner l'application des articles L. 1121-1 et L. 1132-1 qui traitent tous deux des restrictions apportées par l'employeur à l'exercice de libertés fondamentales par le salarié, notamment à l'aune des textes européens et internationaux.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- Bioy Xavier, « Droits fondamentaux et libertés publiques », Lextenso, 2012, 661 p.
- Boev Ivan, « Droit européen », 3^{ème} édition, Bréal, 2014, 335 p.
- Favoreu Louis (sous la direction de), « Droit des libertés fondamentales », Dalloz, 2012, 701 p.
- Friedman Milton, « Capitalisme et liberté », Flammarion, 2016, 318 p.
- Hennette-Vauchez Stéphanie, « Droits de l'homme et libertés fondamentales », Dalloz, 2^{ème} édition, 2015, 792 p.
- Lendrevie Jacques et Lévy Julien, Mercator, 10 édition, Dunod, 2012, 1140 p.
- Levinet Michel, « Théorie générale des droits et libertés », Nemesis, 2012, 828 p.
- Mélanges offerts à André Decocq, « Une certaine idée du droit », 2004, 620 p.
- Oberdorff Henry, « Droits de l'homme et libertés fondamentales », 4^{ème} éd., LGDJ, 2015, 1102 p.
- Ray Jean -Emmanuel, « Droit du travail, Droit vivant », 24^{ème} édition, Wolters Kluwer, 2015, 712 p.
- Revet Thierry, « La liberté du travail », Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2008, 968 p.
- Robert Jacques, Duffar Jean, « Droits de l'homme et libertés fondamentales », 2009, 907 p.
- Rodière Pierre, « Droit social de l'Union européenne », LGDJ, 2014, 768 p.
- Tinière Romain, « L'office du juge communautaire des droits fondamentaux », préface de F. Sudre, Bruylant éditeur, 2007, 708 p.
- Sudre Frédéric, « Droit international et droit européen des droits de l'homme », PUF, 2011, 968 p.

Ouvrages spéciaux

- Amadiou Jean-François , « Le poids des apparences », éd. Odile Jacob, 2005, 200 p.
- Bailleux Nathalie et Remaury Bruno, « Modes et vêtements », Découvertes Gallimard, 1995, 144 p.
- Bargain Gwenola, « Normativité économique et droit du travail », LGDJ, 2014, 535 p.

- Baubérot Jean, « Les sept Laïcités françaises », Maison des Sciences de l'Homme, 2015, 176 p.
- Beaulieu Michèle, « Le costume antique et féodal », PUF, 1967, 126 p.
- Bèfre Pierre, « La liberté d'expression des salariés », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, 424 p.
- Bosset Pierre, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable », Introduction générale de l'ouvrage : « Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ? Des outils pour tous », Yvon Blais, 2007, 20 p.
- Dujarier Marie-Anne, « Le travail du consommateur. De Mc Do à ebay. Comment nous coproduisons ce que nous achetons. », Paris, La découverte, coll. « Poche/essais », 2014, 264 p.
- Hilaire Jean, « Adages et maximes de droit français, Dalloz, 2^{ème} édition, 2015, 249 p.
- Hobza Antonin, « Questions de droit international concernant les religions », Brill, 2008, 57 p.
- Laberon Sonia, « Psychologie et recrutement », éditions de Boeck, 2011 412 p.
- Mayeur Jean-Marie, « La séparation des églises et de l'Etat », éd de L'atelier, 2005, 256 p.
- Onfray Michel, Traité d'athéologie, Grasset, 2006, 320 p.
- Pastoreau Michel, « L'étoffe du diable, une histoire des rayures et des tissus rayés », Seuil, 1991, 188 p.
- Pena-Ruiz Henri, « Dictionnaire amoureux de la laïcité », éd. Plon, 2014, 850 pages.
- Portier Philippe, « L'Etat et les religions en France : une sociologie historique de la laïcité », Presses universitaires de Rennes, 2016, 367 p.
- Przygodzki-Lionet Nathalie, « Psychologie et Justice, De l'enquête au jugement », éditions Dunod, 2012, 136 p.
- Sandel Michaël J., « Justice », Albin Michel, 2016, 410 p.
- Sunstein Cass. R., « Why markets don't stop discrimination », Oxford University Press, 1999, 416 p.
- Supiot Alain, « Homo juridicus », Seuil, 2005, 334 p.
- Taylor Charles, « Multiculturalisme : différence et démocratie », Flammarion, coll. Champs essais, 2009, 144 p.
- Tawil Emmanuel, « Justice et religion, la laïcité à l'épreuve des faits », Puf, 2016, 248 p.

Tiffon Guillaume, « La mise au travail des clients », Paris, Economica, coll. « Etudes sociologiques », 2013, 194 p.

Waquet Philippe, Struillou Yves, Pécaut-Rivolier Laurence, « Pouvoirs du chef d'entreprise et libertés du salarié », éd. Liaisons, 2014, 339 p.

Colloques

Laronze Fleur, Tufféry-Andrieu Jeanne-Marie, colloque, « les normes du travail : une affaire de personnes ? », Bruylant, décembre 2015, 268 p.

Lyon-Caen Gérard, « La liberté du travail et le droit français du travail », in La liberté du travail, congrès et colloques de l'Université de Liège, vol. 53, université de Liège, 1969, 183 p.

Mémoires, Rapport, thèses, études

Conseil d'Etat, « Un siècle de laïcité », rapport public, 30 novembre 2003.

Gin Marine, « La liberté de se vêtir à sa guise au lieu et temps de travail », ESC Lille, Master droit des affaires, mémoire, dirigé par Diane de Saint-Affrique et Gregory Bourdrez, MiM - M2 Droit des Affaires, 2009-2010, 82 p.

Jaje Flore, « Stratégie de fidélisation au sein d'une unité commerciale spécialisée en électroménager », Rapport d'activités présenté à l'épreuve professionnelle de soutenance de DEES Marketing, 45 p.

Jeansen Emeric, « L'articulation des sources en droit du travail », thèse Paris II sous la direction de B. Teyssié, Economica, 2008.

Service du Premier ministre, France Stratégie, « Responsabilité sociale des entreprises et compétitivité », étude publiée le 7 janvier 2016, <http://www.strategie.gouv.fr/publications/responsabilite-sociale-entreprises-competitivite>.

Articles, chroniques

Adam P., « La vie personnelle, une forteresse et quelques souterrains », CE 10 décembre 2010, n° 316856, RDT, 2011, p. 116 ; « Sur la vie personnelle : 50 ans après Despax », RDT, 2012, p. 100 ; « Le masque aux trois visages (juridiques) du salarié », in « Les normes du travail : une affaire de personnes ? », sous la direction de J.-M. Tufféry-Andrieu et F. Laronze, Bruylant, 2016, 264 p., p. 109.

Antonmattei P.-H., « A propos de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2014.391.

Aubert-Monpeyssen Th., « Trouble objectif dans l'entreprise » et libertés collectives du salarié, à propos de la décision de la ch. soc. de la Cour de Cass., du 23 mai 2007, RDT 2007, p. 586

d'Avout L., « La liberté d'entreprendre au bûcher », D. 2014.1287.

Baruchel N., « La requalification en contrat de travail de la participation au jeu de télé réalité « l'Île de la tentation » constitue-t-elle un progrès pour le droit du travail ? », Revue des droits et libertés fondamentaux, 17 novembre 2011, n° 2011-12

Bastié E., « Quand les salafistes font de l'entrisme à la RATP », Le Figaro, 19/11/2015

Bergeaud A., Cette G. et Lecat R., « Le PIB brut par habitant en France et dans les pays avancés : le rôle de la productivité et de l'emploi », INSEE, Economie et statistiques, n°474.

Bonnefous B., Chapuis N., et Noblecourt M., « Matignon veut mieux détecter la radicalisation au travail », Le Monde, 25/11/2015.

Bosset P., Eid P., « Droit et religion : de l'accommodement raisonnable au dialogue internormatif ? », Revue Juridique Thémis, 2007, n°41-2, p. 523.

Bossu B., « L'ascension du droit au respect de la vie personnelle », JCP S n° 26, 30 juin 2015, 1241.

Bruley Y., « 1905, la séparation des églises et de l'Etat, les textes fondateurs », éd. Perrin, 2004, 476 p.

Calvès G., « Devoir de réserve imposé aux salariés de la crèche Baby loup. Quelle lecture européenne du problème ? », RDT 2014.94.

Casaux-Labrunée L., « La confrontation des libertés dans l'entreprise », Dr. soc. 2008, p. 1032, « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre : panorama de quelques décisions récentes », RFDA 2014.956.

Cavallini J., CJCE, 10 juillet 2008, Feryn, pt 18, JCP S 2008, 1520.

Chazal J.-P., « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », D. 2014. 1101.

Champeaux F. et Marcon A., « entretien avec J.-G. Huglo », Conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation, Semaine sociale Lamy 2013 1577.

Clerc D., « De la spécialisation à l'intégration », Alternatives économiques, Hors-série, « La Mondialisation », n°59, 1^{er} trimestre 2004, p. 12.

Coulmont B., Faut-il salarier les clients, Cahier du Monde, n° 21465, 22 janvier 2014.

Couturier G., « Les nullités du licenciement », Droit social 1997, p. 227.

Crouzel C., « Les tensions se multiplient aussi à Air France, à la SNCF, à la Poste... », Le Figaro, 20/11/2015.

Daverat X., « Communication et créations intellectuelles n° XLVIII », Les Petites Affiches, 23 décembre 2013, n° 255, p. 5.

Derieux E., « La notion de « publication ». Les insupportables incertitudes du droit », JCP n° 49, déc. 2010, 1195.

Despax M., la vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail, JCP 1963, I, n° 1776.

Drago G., « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », CRDF n° 9, 2011, p. 31.

Edelman B., « Quand l'île de la tentation ne séduit pas le droit », D. 29 octobre 2009, n° 37, p. 2517.

Falletti O., « Contrat de travail-Participants de « l'île de la Tentation » : salariés mais pas acteurs », JCP S, 30 avril 2013, n° 18, p. 27.

Fortier V., « Accommodement raisonnable, relations de travail et religions », Revue de Droit Canonique, n° 63, 2013, p. 181.

Fossaert-Sabatier A., « Télé réalité et contrat de travail », Semaine Sociale Lamy, 8 juin 2009, n° 1403, p. 3.

Fourest C., « Vers une charte de la laïcité au Québec », le Huffington post, 4 avril 2014.

Frémeaux P., entretien avec G. Féron, « Il faut poser la question de savoir à qui appartient l'entreprise », Alternatives économiques, octobre 2016, n° 361, p. 77

Friedman M., « La responsabilité sociale d'une entreprise est de maximiser son profit », the New York Time, 13 septembre 1970.

Gallot I., « La cause des licenciements non disciplinaires », I. Gallot, Dr. soc. 1992, p. 758

Gaudu F., « La religion dans l'entreprise », Dr. soc. 2010, p. 65.

Gauriau B., Cass. soc. 28 février 2007, « Distribution de tracts aux clients hors de l'entreprise », Semaine Juridique sociale n° 23, 5 juin 2007, 1445.

Gimalac L., « La tenue vestimentaire, l'identité et le lien social dans le cadre des rapports professionnels, Petites Affiches, 20 décembre 2002, n° 254, p. 11.

Grandin de l'Eprevier J., « Quelle place pour le fait religieux en entreprise ? », Le monde.fr, 7 octobre 2015.

Grévy J., « Le cléricisme ? voilà l'ennemi ! Un siècle de guerre de religion en France », éd. A. Colin, 2005, 256 p.

Haarscher G., « La laïcité », coll. « Que sais-je ? », puf, 2011, 128 p.

Haguenau-Moizard C., « La Cour suprême britannique et la Cour européenne des droits de l'homme : une nouvelle voix dans le dialogue des juges », Revue trimestrielle des droits de l'homme, juillet 2012, p. 491 ; « Les droits de l'homme : une ou plusieurs Europe ? », La Gazette du Palais, juin 2008, p. 31.

Hatzfeld N., « Personnes au travail, une norme sans cesse renouvelée, (XIXe et XXe siècles) », in « Les normes du travail : une affaire de personnes ? », sous la direction de J.-M. Tufféry-Andrieu et F. Laronze, Bruylant, 2016, 264 p., p. 153.

Huglo J., « Le ressenti de la clientèle et la discrimination en raison des convictions religieuses », extraits du rapport, Cour de cassation, chambre sociale, 9 avril 2015, n° 13-19.855, Semaine Sociale Lamy, 2015.1672

Icard J., « La requalification du contrat de travail-nature de l'activité », Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1^{er} juin 2013, n° 253, p. 217

Jasor M., « Code vestimentaire : les canons de la rentrée », les Echos management, 8 septembre 2009, http://www.lesechos.fr/08/09/2009/LesEchos/20504-044-ECH_code-vestimentaire---les-canons-de-la-rentree.htm

Kessler F., « « Ubériser » le logement, déni de droit social ? », Le Monde, 18 mai 2016, supplément économie, p. 5

Kocher M., « Méfiez-vous de vos @mis ! », RDT 2011, p. 39.

Laulom S., « Les droits sociaux fondamentaux, rempart des déconstructions des droits du travail », Revue du droit du travail, 2013, p. 410.

Lipovestky G., « L'entretien », L'express, 7 janvier 2015, n° 3314, p.10.

Lokiec P., « Tenue correcte exigée. Des limites de se vêtir à sa guise. », Dr. Soc. 2004, p. 132

Maillard S., « les limites de la liberté d'expression du salarié », Dalloz actualités 14/01/2010.

Marguénaud J.-P, Mouly J., « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit du travail », Dr. soc. 2014.641.

Mathieu B., « S'opposer à la Cour européenne des droits de l'homme ? c'est possible et justifié », Le Figaro, 18 novembre 2016, p. 14.

Mouly J., « Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle : le retour discret de la perte de confiance », Dr. soc. 2006, p. 839.

Mathieu Ch., « Vers une clarification entre vie personnelle et vie professionnelle ? » Revue de droit du travail Dalloz 2009, n°11, p. 657 ; « L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question », Droit social, 2006, n°9/10, p. 848.

Mercat-Bruns M., « La Cour suprême américaine face au code vestimentaire de l'entreprise », RDT. 2016, p. 117.

Moizard N., « Vers des « principes essentiels » européens », Semaine Sociale Lamy, avril 2016, n° 1719, p. 9 ; « La prévalence de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel », in « Les normes du travail : une affaire de personnes ? », sous la direction de J.-M. Tufféry-Andrieu et F. Laronze, Bruylant, 2016, 264 p., p. 181. ; « Le panel de comparaison dans la preuve des discriminations ou de l'inégalité de traitement », Revue de droit du travail, Dalloz, janvier 2016, p. 42 ; « Travaux de l'Observatoire de la laïcité sur le fit religieux dans l'entreprise

privée », *Revue de droit du travail*, 2014, p.557 ; « L'usage des conventions de l'OIT par la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit social*, avril 2014, p. 365 ; « Expression religieuse en entreprise et droit de l'Union européenne. La Cour de justice et l'affaire Baby Loup », *Revue de droit canonique*, n° 63, 2013, p. 359 ; « Discrimination en raison de l'âge et mise à la retraite d'office de magistrats hongrois », *Revue de droit du travail*, Dalloz, février 2013, p. 111 ; « Justification d'une discrimination directe et exercice du pouvoir de direction », *Revue de droit du travail*, 2012, p. 159.

Morand M., « Religion et laïcité dans l'entreprise », *Semaine sociale Lamy*, 2013, 1611 supplément.

Moreau M.-A., « Les justifications des discriminations », *Dr. soc.* 12 décembre 2002, n° 12, p. 1112.

Négroni A., « Musulmans de France : 28 % d' « ultras » », *Le Figaro*, 19 septembre 2016, p. 13.

Pansier F.-J., *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 1^{er} novembre 2009, n° 214, p. 250

Pélouas A., « Le poignard à l'école, mais pas ostensible », *Le Monde*, 4 mars 2006, http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2006/03/04/le-poignard-a-l-ecole-mais-pas-ostensible_747631_3222.html.

Popinot M., « A propos de la Cour d'appel de Paris, 12 février 2008 », *la Gazette du Palais*, 11 juin 2008, n° 163, p. 4

Pousson A., « La liberté de se vêtir n'est pas une liberté fondamentale », *Recueil Dalloz* 2004, p. 176.

Radé C., « La possibilité d'une île », *Dr. soc.* 1^{er} septembre 2009, n° 9/10, p. 930-935.

Ray J.-E., « Droit du travail et TIC », *Dr. soc.* 2007, p. 145 ; « Little Brothers are watching you », *Sem. Soc. Lamy* 2010, n° 1470, p. 10 ; « Facebook, le salarié et l'employeur », *Dr. Soc.* 2011, p. 128 ; « Facebook, le salarié et l'employeur », *Dr. soc.* 2012, p. 128 ; « Tous connectés, partout, tout le temps ? », *Dr. soc.* 2015.516.

Robin J.-P., « Les discriminations raciales solubles dans la concurrence économique », *Le Figaro*, 21 novembre 2016, p. 33.

Roblot-Troizier A., « Le Conseil constitutionnel et la liberté d'entreprendre : panorama de quelques décisions récentes », *RFDA* 2014.596.

Rouban L., « Le discours néolibéral sur la transformation de l'Etat », *Alternatives économiques*, Hors-série n°61, « L'Etat », 3^{ème} trimestre 2004, p. 52.

Roux D., Verge P., « Un milieu de travail diversifié : l'apport de l'obligation d'accommodement raisonnable selon le droit international et le droit canadien », *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2009, n° 261, p. 4.

Saint Paul G., « RSE : la grande confusion », *Sociétal* n° 78, p. 84, consultable sur <http://www.institut->

entreprise.fr/sites/default/files/article_de_revue/docs/documents_internes/societal-78-13-saintpaul-dossier.pdf.

Savatier J., « La liberté dans le travail », Dr. soc. 1990, p. 90 ; « Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique », Dr. soc., 2004, p. 354.

Savatier J., et Antonmattei P.-H., « A propos de la liberté religieuse dans l'entreprise » Dr. soc. 1998.614, RDT, 2014, p.391.

Schmidt C., « L'économie est-elle aujourd'hui une science expérimentale ? », Le Monde 28 septembre 2016, supplément économie et entreprise, p. 7.

Schmitt M., « La laïcité en entreprise : les vicissitudes du juge et du législateur », Gaz. Pal., 28 mai 2015, n° 148, p.8.

Schwartz R., « La laïcité paradoxalement consacrée », Semaine Sociale Lamy, 2013, n° 1577.

Suhas M., « L'obligation d'accommodement raisonnable en matière religieuse : une notion canadienne », Constitution, 2011, p. 205.

Teyssié B., « L'intérêt de l'entreprise, aspects du droit du travail », D. 2004, p. 1680.

Thiébart P., « Quand l'économie collaborative est rattrapée par le Code du travail », JCP S, n° 36, 1^{er} septembre 2015, 1297.

Tonnelier A., « La religion, sujet sensible dans les entreprises », Le Monde, 25/11/2015 ; « Les discriminations pèsent sur la croissance », Le Monde, 21 septembre 2016, supplément économie, p. 5.

Van der Vlist S., « Les fondements juridiques du principe d'égalité de traitement », Semaine Juridique Sociale, n° 7-8, 17 février 2015, 1055.

Verkind P.-Y., « Les « amis » de nos «amis »... », JCP entreprises n° 48, 2 déc. 2010 act. 641.

Waquet Ph., « Vie personnelle et vie professionnelle du salarié », Les cahiers sociaux du barreau de Paris, 1994, p. 289 ; « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », Gaz. Pal., 1996, p. 1427 ; « Le pouvoir de direction et les libertés du salarié », Dr. soc. 2000, p. 1051 ; « « Le trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à définir », Revue de droit du travail 2006, p. 304 ; « Le « trouble objectif dans l'entreprise » : une notion à définir », RDT, 2006, p. 304 ; « Libertés et contrats de travail. Réflexions sur l'article L. 120-2 du Code du travail devenu l'article L. 1121-1 », RJS 5/09, p. 350 et s.

Waquet Ph. et Wolmark C., « Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? », RDT 2009, p. 485.

Wieder T., « La loi de 1905, histoire d'un débat qui n'en finit pas », Le monde, 1^{er} décembre 2005, http://www.lemonde.fr/societe/article/2005/12/01/la-loi-de-1905-histoire-d-un-debat-qui-n-en-finit-pas_716415_3224.html.

Willmann C., « Neutralité dans l'expression de ses convictions religieuses : la qualification d'"exigence professionnelle essentielle et déterminante" en débat », Lexbase hebdo-Edition Sociale, 2015, n° 610.

Conclusions et notes

Adam P., CE, 15 déc. 2010, n° 316856 : JurisData n° 2010-024271, RDT 2011, p. 116 ; CA Versailles, 11^e chambre du 27 octobre 2011, n° 10/05642, Fatima c./Association Baby Loup, semaine Sociale Lamy 2011.1512.

Akandji-Kombé J.-F., Cass. Ass.Plén., 19 mars 2013, « Baby-Loup, suite : Le contrôle de la restriction, par l'employeur, de la liberté religieuse dans l'entreprise privé », Droit ouvrier n° 782

Aldigé B., Cass. soc. 11 janvier 2012, Gaz. Pal. 1^{er} mars 2012 n° 61, p. 10 ; Cass. soc. 11 janvier 2012, « Sur l'homme que vous êtes...Les boucles d'oreilles de la discorde », Gaz. Pal. 1^{er} mars 2012 n° 61, p. 10 ; Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-19.855, « Port du voile islamique par une salariée : prise en compte des souhaits de la clientèle ? », JCP S n° 25, p. 28.

Astaix A., Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, D. actualité 30 mai 2007 ; CPH Boulogne-Billancourt 19 novembre 2010 n° 10-853 Barberac/SAS Alten Sir et Southiphong /sté Alten Sir, Dalloz act. 26/11/2010.

Aubert-Monpeyssen T., Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, RDT 2007.527.

Bacquet A., CE, 1^{er} février 1980, Ministre du travail c/ Socté Peintures Corona n° 06361, Dr. soc. 1980, p. 317.

Baruchel N., Cass. soc. 24 avril 2013, pourvois n° 11-19.091 à 11-19.168, « La requalification en contrat de travail de la participation au jeu de télé réalité « l'Île de la tentation » constitue-t-elle un progrès pour le droit du travail ? », Revue des droits et libertés fondamentaux, 17 novembre 2011, n° 2011-12.

Baugard D., CE 15 décembre 2010, Gaz. Pal. 2011, p. 12.

Béraud J.-M., Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, RJS 10/2008, n° 1016.

Berthier P.-E., CA Paris, 25 février 2015, n° 12/10410, « Licenciement disciplinaire et vie privée », cahiers sociaux 1^{er} avril 2015, n° 273, p. 199.

Bossu B., Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672 : JurisData n° 2011-022322 ; JCP S 2012, 1042 ; Cass. soc. 11 janvier 2012 n° 10-28.213, sté Bessière frères, la Semaine Juridique Social n° 15, 10 avril 2012, 1064 ; Cass. soc. 17 mars 2015, Semaine Juridique Sociale, n° 36, 1^{er} septembre 2015.1298 ; Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-19.855, « Discrimination-Le voile islamique et la clientèle de l'entreprise », JCP S n° 25, p. 26 ; Cass. soc. 23 septembre 2015, n° 14-14.021, JCP S n° 48, 24 novembre 2015, 1429.

Brunie J., Cass. Ass. Plén., 19 mars 2013, « Affaire Baby Loup, l'admission du principe de neutralité dans les entreprises privées « ordinaires » », Revue Juridique de l'Ouest, 2013, n° 1.

Burgorgue-Larsen L., CEDH, Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, n° 48420/10 ,AJDA 2013. 1794.

Cabanne D., Cass. Assemblée plénière, 4 mars 1983, D. 1983, jur. 81.

Caron M., Cass. soc., 10 décembre 2008, n° 07-41820, Bull. civ. V, n° 245 ; JCP S 2009, n° 1083,; RDT 2009, p. 168, note R. De Quenaudon.

Cassereau F., Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-19.855, « La laïcité en entreprise : les vicissitudes du juge et du législateur », La Gazette du Palais, n° 144, p. 8.

Cavallini J., CJUE, gde ch. 12 janvier 2012, aff. C-229/08, Wolf c/Stadt Frankfurt am Main, JCP S n° 8, 23 février 2010, 1080.

Champeaux F., Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-19.855, « Chambre sociale cherche CJUE désespérément », Semaine sociale Lamy 2015, n° 1672, p. 5.

Chelle D. et Prétot X., Cons. Const. 8 juillet 1989, n° 89-258 DC, D. 1989, som. 138.

Chenu D., Cass. soc. 25 novembre 2015, n° 14-21.521, JCP S, n° 13, 5 avril 2016, 1118.

Chenu D., et Pfeifer-Chomiczewska K., Cass. Ass. Plén. 19 mars 2013, « Baby Loup, la laïcité encadré », Revue Juridique Personnes et Famille, 2013, n° 7.

Chevillard A., 7 juin 1990, 21^{ème} ch., B, JCP E 1991, II, n°191.

Chonnier J.-M., « Le contentieux soulevé par le fait religieux dans l'entreprise », JCP S, n° 10, 15 mars 2016, p. 1083.

Cohen M., Cass. soc. 28 avril 1988, Bull. civ. V n° 257; Rev. prat. dr. soc. 1988. 218.

Colonna J. et Renaux-Personnic V., Cass. Ass. Plén., 19 mars 2013, « La liberté religieuse du salarié », La Gazette du Palais, 7/06/2013. CPH 18 septembre 2014, M^{me} X. et Association ARCAD c/ Carrefour Hypermarché France SAS, « Après Baby Loup : la caissière voilée de Carrefour, note sous, Gaz. Pal. 11 janvier 2015, p. 33 ; Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-19.855, « Le foulard islamique dans l'entreprise : acte III », La Gazette du Palais, 15/07/2015, p. 32.

Corrignan-Carsin D., Cass. Soc. 28 mai 2003, Monribot c/ SA Sagem, « La liberté de se Vêtir au temps et au lieu de travail n'est pas une liberté fondamentale », JCP Entreprise et affaires n°38, 18 septembre 2003, p.1328 et JCP G 2003, II, 10128 ; Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-67464, Bull. civ. V, n° 105, JCP S 2011, n° 1312 ; Cass. soc. 2 décembre 2003, n° 01-43227, Bull. civ. V, n° 304, JCP G 2003, n° 10025 ; Cass. soc. 19 mars 2013, « Entre laïcité et liberté religieuse, l'art difficile du compromis », JCP G, n° 19-20, 6 mai 2013, 542.

Couturier G., Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41.804, Bull. civ. V, n°257, Dr. soc. 1988, p. 428 et Dr. ouvrier, 1988.133.

Daverat X., Cass. soc. 24 avril 2013, pourvois n° 11-19.091 à 11-19.168, « Communication et créations intellectuelles n° XLVIII », Les Petites Affiches, 23 décembre 2013, n° 255, p. 5.

Devolvé P., Cass, Ass. Plén. 16 juin 2014 n° 13-28.369, « Entreprise privée, laïcité, liberté religieuse. L'affaire Baby-Loup », , RFDA 2014.954.

Dieu F., CEDH, 26 nov. 2015, n° 64846/11, Ebrahimian c/ France, JurisData n° 2015-026060 « L'obligation de neutralité religieuse des agents publics jugée conforme à la convention européenne des droits de l'homme », JCP administrations et collectivités territoriales » n° 20, 23 mai 2016, 2132.

Dockès E., Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, D. 2007, AJ. 3033 ; Cass. Ass. Plén., 19 mars 2013, « Liberté, laïcité, « Baby Loup » : de la très modeste et très contestée résistance de la Cour de cassation face à la xénophobie actuelle », Droit social, 9/05/2013.

Dos Santos Oliveira M., Cass. soc., 11 avril 2012, Pourvoi n° 10-25764, Petites affiches, 20 juillet 2012 n° 145, p. 15.

Drai L., Cass. soc., 11 février 2009, N° 04-47783, JCP S 2009, n° 1215.

Dumont F., Cass. soc., 1er juill. 2008, n° 07-44.124, JCP S 2008, 1548.

Dupeyroux J.-J., Cass. soc. 13 novembre 1996, n° 94-13.187, RJS 12/96, n°1320 ; Droit soc. 1996, p. 1067.

Duplat J., Cass. soc., 1er juill. 2008, n° 07-44.124, RDT. 2008, p. 514 ; Cass. soc. 14 déc. 1999, Pierre C. SNC Sanijura, Dr. Soc. 2000. 163.

Duquesne F., Cass. soc. 30 oct. 2002, n° 00-40.868, jurisdata n° 2002-016283, Dr. soc. 2003, p. 136.

Ecoutin M., Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41.804, Bull. civ. V, n°257, Dr. soc. 1988, p. 428.

Edelman B., Cass. soc. 24 avril 2013, pourvois n° 11-19.091 à 11-19.168, D. 29 octobre 2009, n° 37, p. 2517.

Falleti O., Cass. soc. 24 avril 2013, pourvois n° 11-19.091 à 11-19.168, « Contrat de travail-Participants de « l'île de la Tentation » : salariés mais pas acteurs », JCP S, 30 avril 2013, n° 18, p. 27.

Féral-Schuhl C., CPH Boulogne-Billancourt 19 novembre 2010 n° 10-853 Barberac/SAS Alten Sir et Southiphong /sté Alten Sir, Recueil Dalloz 2010 p. 2824.

Fossaert-Sabatier A., Cass. soc. 24 avril 2013, pourvois n° 11-19.091 à 11-19.168, « Télé réalité et contrat de travail », , Semaine Sociale Lamy, 8 juin 2009, n° 1403, p. 3.

Fouvet F., Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, D. 2007, AJ. 3033.

Farnocchia S., 9 septembre 1997, CA St Denis de la Réunion, D. 1998, jurisp. 546.

Géniaut C., Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, D. 2007, AJ. 3033.

Hamon L., Cons. const. N° 81-132 DC du 16 janvier 1982, D. 1983, juris. 169.

Hautefort M., CPH Mantes-la-Jolie, 13 décembre 2010, Jurisprudence Sociale Lamy 2011, p. 293 ; Cass. soc. 11 janvier 2012, « Une restriction aux libertés reposant sur un motif discriminatoire est illicite », Jurisprudence Sociale Lamy 2012, p. 316.

Hauser J., CA St Denis de la Réunion, 9 septembre 1997, RTD civ. 1999, p. 62 ; Cass. soc., 11 janv. 2012, RTD civ. 2012. 288 ; Cass, Ass. Plén. 16 juin 2014 n° 13-28.369, RTD civ. 2014. 620.

Icard J., Cass. soc. 24 avril 2013, pourvois n° 11-19.091 à 11-19.168 « La requalification du contrat de travail-nature de l'activité », Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1^{er} juin 2013, n° 253, p. 217 ; Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-19.855, Cahiers sociaux du Barreau de Paris, n° 274, p. 261.

Jemmaud A., Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, D. 2007, AJ. 3033.

Jemmaud A. et Le Friant M., Cass. soc. 28 avril 1988, Bull. civ. V n° 257, Dr. Ouvrier 1988. 252.

Kerbouc'h J.-Y., CE 15 décembre 2010, JCP S 2011, n° 1247.

Kocher M., CPH Boulogne-Billancourt 19 novembre 2010 n° 10-853 Barberac/SAS Alten Sir et Southiphong /sté Alten Sir, RDT 2011, p. 39.

Gillier H., Cass. soc. 20 juin 2006, société AAF la Provence c./ Mme Marzouqi, cahiers sociaux du Barreau de Paris, n° 185, p. 479.

Haller M.-C., CA Paris, 16 mars 2001, Semaine sociale Lamy 2001.1050 ; CA Paris, 19 juin 2003, Jurisprudence Sociale Lamy 2003.131.

Lapoyade-Deschamps B., CA Nancy, 29 novembre 1982, D. 1985, juris., p. 354.

Laronze F., CEDH, Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, n° 48420/10, RDT 2013.337.

Lenclos J.-L., CE 8 juillet 1988, n°60731, D 1990, sommaire p. 395.

Lhernould J.-P., Cass. soc., 11 janv. 2012, Dr. soc. 2012. 346.

Lokiec P. et Porta J., Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-28.213, Bull. civ. V, n° 12 ; D. 2012. 901 ; CEDH, Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, n° 48420/10, D. 2013. 1026.

Louit-Martinot N., TGI, Marseille, 11 juin 2003, « La responsabilité civile de l'employeur face aux libertés du salarié internaute », JCP E, 2004, n° 564.

Lyon-Caen A., Cass. soc. 29 octobre 1996, n° 92-43-680, Bull. V. n° 359, Dr. soc. 1996, p. 1013 ; Cass. soc. 28 avril 1988, Bull. civ. V n° 257, Rev. prat. dr. soc. 1988. 184.

Maduro P., CJCE, 10 juillet 2008, conclusions présentées le 12 mars 2008, Rec. de jurisprudence 2008 page I-05187.

Mathieu Ch., « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », RDT 2012, p.17.

Mercat-Bruns N., Cass. soc., 11 janv. 2012, JCP 2012. 489.

Mignon E., CE, 11 janvier 2002, n° 225. 597, Union nationale des affaires sociales CGT, Dr. Soc. 2002, p. 428.

Miné M., Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-19.855, « Liberté d'expression religieuse versus loi du marché », , Droit du trav., n°6, p. 405.

Moizard N. et Champeaux F., Cass. Ass. Plén., 19 mars 2013, « Une atteinte à la liberté religieuse », Semaine Sociale Lamy, 5/12/2013, n° 1609, p. 11, et Semaine sociale Lamy, 2014, n° 1619, supplément.

Moizard N., CJUE, 19 avril 2012, Meister, « Charge de la preuve d'une discrimination à l'embauche », RDT, 2012, p.497.

de la Morena F., Cass, Ass. Plén. 16 juin 2014 n° 13-28.369, AJCT 2014. 511.

Mouly J., Cass., ch. mixte, 18 mai 2007, D. 2007, AJ. 2137.

Mouly J. et Marguénaud J.-P., CEDH, Obst et Schüth, 23 septembre 2010, Siebenhaar, 3 février 2011, « Les droits de l'homme salarié de l'entreprise identitaire », D. 2011, p. 1637 ; Cass. soc. 9 mars 2011, n° 09-42150, Bull. civ. V, n° 69, JCP S 2011, n° 1230 ; Cass, Ass. Plén. 16 juin 2014 n° 13-28.369, Dr. soc. 2014. 811 ; Cass. Ass. Plén., 25 juin 2014, « L'affaire Baby-loup devant l'Assemblée plénière : quelques accommodements avec les principes », Dr. soc. 2014, p. 181 ; Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-19.855 , « Le voile dans l'entreprise : nouveaux rebondissements sous l'angle de la discrimination », Rec. Dalloz 2015, n° 19, p. 1132.

Muller F. et Schmitt M., CJCE, 10 juillet 2008, Feryn, n° C-54/07, D. 2008, Pan. 3038.

Pallantza D., CA Besançon, ch. sociale, 14 mai 2013, n° 12/00942.

Pansier F.-J., Cass. soc. 11 janvier 2012, « Du bermuda aux boucles d'oreilles », Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1^{er} mars 2012, n° 239, p. 80 ; Cass. soc. 24 avril 2013, pourvois n° 11-19.091 à 11-19.168 Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 1^{er} novembre 2009, n° 214, p. 250.

Perrin L., Cass. soc. 11 janvier 2012, « Discrimination en raison de l'apparence physique : port de boucles d'oreilles », D. actualité, 8 février 2012.

Peschaud H., Cass. Ass. Plén. 19 mars 2013, « Laïcité et liberté religieuse public-privé : l'égalité introuvable ? », Les Petites Affiches, 26/06/2013.

Popinot M., Cass. soc. 24 avril 2013, pourvois n° 11-19.091 à 11-19.168, « L'île de l'interdiction ; A propos de la Cour d'appel de Paris, 12 février 2008 », la Gazette du Palais, 11 juin 2008, n° 163, p. 4

Prétot X., CE, 9 octobre 1996, n° 167.511, Union CGT des affaires sociales, Dr. Soc. 1997, p. 207, Cons. const. 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, Dr. Soc., 1988, p. 755.

Puigelier C., Cass. soc., 2 décembre 2002, JCP E n° 28, 10 juillet 2003, 1076

de Quenaudon R., Cass. soc., 10 décembre 2008, Bull. civ. V, n° 245, « De la parole au silence », RDT 2009, p. 168.

Radé C., « La possibilité d'une île », Dr. soc. 1^{er} septembre 2009, n° 9/10, p. 930-935.

Ray J.-E., Cass. soc. 14 déc. 1999, Pierre C. SNC Sanijura, Dr. Soc. 2000. 163.

Rideau J., CJCE plén. 30 avril 1996, JCP E, 1997, Pan. P. 593, D. 1997, sommaire p. 212.

Rouault Ch., CE 15 décembre 2010, Semaine Sociale Lamy, 2011, n° 1481, p.6.

Savatier J., Cass. soc. 18 décembre 1997, n° 95-43.409, Dr. soc. 1998, p. 194 ; Cass. soc. 6 novembre 2001, Brunet c./ société LR immobilier préc., Droit soc. n° 1, janvier 2002, p. 110 et s. ; Cass. soc. 12 juillet 2010 ; 24 mars 1998, n° 95-44.738, Bull. V., n° 171, D. 1998.114 ; Dr. soc. 1998.614.

Tissandier H., Cass. soc., 9 avril 2015, « Liberté individuelles-Port du voile : la Chambre sociale botte en touche », n° 388, p. 9.

Tourreil J.-E., Cass. soc. 9 mars 2011, Juris. Soc. Lamy 2011, n° 298

Villacèque J., Cass. soc. 17 avril 1991, note, D. 1990, p. 956.

Wagner E., Cass. soc. 28 avril 1988, Bull. civ. V n° 257, D. 1988, jur. 437.

Waquet Ph., Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40273, Bull. civ., V, n° 178 ; Dr. soc. 2003, p. 808 ; Cass. soc. 18 mai 2007, Sem. Soc. Lamy, 4 juin 2007, n° 1310.

C. Wolmark, Cass. soc., 9 avril 2015, « Le foulard dans l'entreprise. La CJUE invitée dans le débat », Dr. Soc. Juillet 2015, n° 7-8, p. 648-649.

Raphaël RAMETTE

LE CLIENT ET LES DROITS ET LIBERTES DU SALARIE

RESUME :

Au cours de la seconde moitié du XXème siècle, nous avons assisté au développement des libertés reconnues aux salariés et à leur intégration au bloc constitutionnel. Cette lutte du salarié fut victorieuse lorsque la partie adverse n'était constituée que de l'employeur. Dans une société de consommation, où la concurrence est exacerbée, dans un contexte de faible croissance économique, le client devient un adversaire beaucoup plus difficile pour le salarié et ses libertés. La présente étude démontre que les restrictions que l'entreprise peut apporter aux libertés dont disposent le salarié, afin de protéger les intérêts de l'entreprise au regard des exigences ou de la proximité du client, sont non seulement importantes, touchent des libertés fondamentales, mais surtout que l'intensité de cette atteinte augmente avec la proximité du client, voire avec les exigences du client. Dans un second temps, nous avons observé que la situation est loin d'être homogène pour l'ensemble des libertés en cause, y compris en présence de libertés fondamentales telle que la liberté contractuelle, la liberté religieuse ou la liberté d'expression.

Mots clefs : Apparence physique, client, discrimination, liberté contractuelle, liberté d'expression, liberté fondamentale, liberté religieuse, liberté vestimentaire, signe religieux, trouble objectif, tenue vestimentaire

THE CUSTOMER AND THE RIGHTS AND THE FREEDOMS OF THE EMPLOYEE

SUMMARY :

During the second half of the twentieth century, we witnessed the development of freedoms granted to employees and their integration into the constitutional bloc. This struggle of the employee was victorious when the opposite party consisted only of the employer. In a consumer society, where competition is exacerbated, in a context of weak economic growth, the client becomes a much more difficult opponent for the employee and his freedoms. The present study demonstrates that the limitations that the company can bring to the employee's freedoms in order to protect the interests of the company with regard to the requirements or proximity of the client are not only important, affect fundamental freedoms, but above all that the intensity of this attack increases with the proximity of the customer, even with the requirements of the customer. Secondly, we observed that the situation is far from homogeneous for all the freedoms in question, even in the presence of fundamental freedoms such as freedom of contract, freedom of religion or freedom of expression.

Keywords : physical appearance, customer, discrimination, freedom of contract, freedom of expression, fundamental freedom, freedom of religion, freedom of dress, religious sign, objective disorder, clothing.

Centre de recherche juridique Pothier, Rue de Blois, BP 26739, 45067 Orléans cedex 2