

EXIGENCES PROFESSIONNELLES ET RELIGION

L'intitulé du sujet qu'il m'est demandé de traiter m'est apparu un peu ambigu. La commande portait-elle sur les seules justifications admises au titre des exigences professionnelles d'un traitement discriminatoire selon la religion (celles du 4-2 de la Directive), ou également sur celles, d'une autre nature, communes à l'âge, au handicap, ou à l'orientation sexuelles figurant au 4.1 du même texte, ou encore, plus généralement, sur la question de l'interdiction des discriminations à raison de la religion, sous réserve de ces exceptions. J'ai pensé que c'était la dernière hypothèse qui était la bonne ; j'ai même pensé que cet aspect du sujet –l'interdiction des discriminations- était prioritaire, la question des entreprises « religieuses » de Fiona Kinsman (ou pour les Français, « entreprises de tendance » ; pour les allemands, « tendanzbetriebe » de notre ami Marc de Vos), était une question relativement bien balisée, et ne constituait, par rapport au sujet dans son ensemble, qu'une question comparativement limitée. A la différences des manuels classiques de droit du travail ou des religions, commençons donc par là pour nous en débarrasser.

1.- A cet égard, l'article 4.2 de la Directive 2000/78 dispose que : « *Les Etats membres peuvent maintenir, ou prévoir à l'avenir dans leur législation des dispositions en vertu desquelles, dans le cadre d'activités professionnelles d'églises ou d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur une religion ou des convictions, une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions* » est possible « *lorsque par la nature de ses activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime, et justifiée, eu égard à l'éthique de l'organisation ...* ».

Il est encore précisé qu'en ce cas :

« ... les églises et autres organisations ... peuvent requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation... ».

Les questions à résoudre pour savoir si cet article trouve à s'appliquer sont assez claires :

- quelles entreprises?
- quels emplois ?
- quel périmètre du religieux, et de l'éthique religieuse -divorce, homosexualité- ?

La Cour de cassation française a, les 18 mai 1978 et 20 mai 1986, admis que le fait d'être divorcé pouvait être regardé comme contraire à l'éthique d'institutions d'enseignement, tant protestantes que catholiques, et justifier le non recrutement, ou le licenciement ; même jeu pour un laveur de morts employé par un Consistoire juif ; solution contraire pour un sacristain homosexuel (de Saint-Nicolas du Chardonnet ; l'Institution concernée a peut-être pâti de son image intégriste –Monseigneur Lefebvre- auprès des juges, allez savoir ; cette solution n'est guère cohérente avec les autres).

L'idée d'entreprise de tendance me paraît se justifier. Son application peut pêcher par excès de complaisance, ou manque de sympathie.

2.- Réserve faite des entreprises de tendance, on ne trouve rien, étrangement, dans la directive de référence, sur ce que, en matière de religion, la première cause, pourtant, de discrimination prohibée citée par l'article 1^{er} de la directive, ne pas discriminer, quand ce n'est pas permis, peut vouloir dire, et suppose, le cas échéant, comme discipline. Aucune glose, de surcroît, des institutions communautaires, alors qu'elles abondent pour l'âge, et les orientations sexuelles (vous pouvez trouver, p. 148/150 de votre documentation, une liste impressionnante de textes relatifs à ces sujets). Or, l'interdiction de discriminer en matière de religion soulève, sinon évidemment, du moins à condition d'y réfléchir un tout petit peu, des problèmes multiples.

On est donc renvoyé aux concepts généraux : ceux expliqués hier par Fiona Kinsman et Marc de Vos, qui sont malheureusement plus difficiles à mettre en œuvre en ce domaine que dans tous les autres.

- Qu'est-ce que le religieux ? Quel est son périmètre ? (for intérieur / for extérieur ? rites, rythmes de vie, interdits ?)
- Dans quelles positions respectives sont les religions dominantes ou traditionnelles, et les religions minoritaires ou allogènes ?
- Que faut-il penser des ordres sociaux, politiques, juridiques nationaux, **d'apparence séculière ou laïque**, qui ne sont que la **traduction sécularisée, laïcisée, de traditions religieuses, pour partie désactivées, pour partie encore actives** (le dimanche n'est plus, pour un certain nombre d'Européens, qu'un jour de repos, mais d'autres vont encore à la messe ; même jeu pour Noël ou Pâques) ?

Peut-on regarder ce religieux, pour partie –pour partie seulement- sédimentaire, comme n'étant plus du religieux, comme métamorphosé en non religieux, et comme **ne se prêtant**, par conséquent, **plus aux comparaisons** dont Marc De Vos nous a rappelé qu'elles gouvernent la mise en évidence de discriminations ? Parce que **sa sécularisation l'a placé hors du champ de telles comparaisons ?**

C'est à quoi, on le verra, inclinent nombre de juridictions nationales, tant d'ailleurs sur le terrain du droit du travail et de l'emploi que sur d'autres terrains (mais nous ne sommes supposés, ici, parler que travail et emploi).

3.- Sans doute, à défaut de jurisprudences spécialement topiques, concernant les discriminations en matière de religion, peut-on chercher quelques repères, pour élucider ces questions, dans celles qui constituent le cœur dur de l'acquis communautaire en matière de discrimination sur d'autres terrains (notamment hommes/femmes), et aussi dans celles émanant de la C.E.D.H. qui dispose, en matière de discrimination, d'une expérience non négligeable eu égard –en attendant la mise en œuvre du Protocole 12– aux dispositions de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Acquis communautaire : celui rappelé par Marc de Vos selon lequel la discrimination peut résulter tout aussi bien :

- du traitement différent de situations identiques,
que
- du traitement identique de situations incomparables.

Cette analyse est confirmée par le considérant clef de la décision de la **Cour européenne des droits de l'homme** (Thlimennos c/Grèce du 6 avril 2000), selon lequel il y a discrimination quand on traite identiquement des gens qui sont dans des situations différentes, raisonnement dont plusieurs applications ont été faites par le Comité européen des droits sociaux, organe de régulation de la Charte sociale du Conseil de l'Europe, notamment dans sa décision sur la réclamation collective Autisme c/France, sur le fondement de l'article E. de la Charte. D'autres arrêts de la Commission européenne des droits de l'homme, où la religion est en cause, des arrêts turcs pour l'essentiel (Kalasc c/Turquie ; Leyla Sahin c/Turquie) sont porteurs d'enseignements plus ambigus ; Kalasc était un militaire, cela peut limiter les droits ; l'arrêt Leyla Sahin est une contre-performance, plus politique que juridique, et ses motivations rendent perplexes.

Les religions allogènes sont-elles, dans un pays déterminé, dans la même situation que la (ou les) religions du crû –serai(en)t-elle(s) sécularisée(s)-, c'est-à-dire **consacrée(s) par la sécularisation en même temps que disqualifiée(s) comme religion(s) ?** Doivent-elles **se restreindre au même périmètre que la (ou les) religion(s) du crû**, assagie(s), décolorée(s) en quelque sorte, où, en particulier **les interdits alimentaires ou de contact**, fréquents dans le cas des religions jeunes, deviennent obsolètes quand elles vieillissent ou se culturalisent. Ces questions ne font peut-être pas sens pour ceux qui n'ont pas la tête religieuse, ou ne voient Dieu que sous le visage où ils l'ont rencontré, appris à le rencontrer, sans imaginer que d'autres hommes l'aient rencontré, aient appris à le rencontrer autrement. Les uns et les autres devraient néanmoins s'efforcer de comprendre que chaque religion, celle qu'ils n'ont pas ou celle des autres comme la leur, s'il en ont une, se vit de l'intérieur, et que chaque croyant redoute le péché et le blasphème selon ses voies, et peut donc être légitimement porté à la rancune contre ceux qui l'y contraignent.

4.- Il n'est pas forcément vain non plus, à défaut d'autres ressources, d'interroger l'expérience de juridictions extra-européennes, comme la Cour Suprême américaine. (voir Laurent Mayali et Pierre Legendre : « *le façonnage juridique du marché des religions aux U.S.A.* »). Il y a certes un récent recul des juges américains par rapport aux jurisprudences fondatrices en ce domaine (*Schubert c/Verner, 1988* : indemnisation de chômeurs adventistes qui refusent de travailler le samedi) ; *Employment Division of human resources v/Smith, 2000* : non indemnisation de chômeurs ayant consommé, à titre religieux soutenaient-ils, du peyotl, mais du fait de butoir de l'ordre public –la drogue- (dans ces deux affaires, ce qui était en cause n'était pas le licenciement, mais le raisonnement est transposable). Les affaires dites des terrains collectifs indiens, et celle se concluant par le refus d'exonération du travail pénitentiaire des prisonniers ressortissants de religions minoritaires les jours de leur fêtes religieuses, traduisent certes à la fois une importante confusion entre égalité et neutralité, qui devrait servir de repoussoir, et une sorte de passage en touche avec renvoi au pouvoir politique, qui n'honore pas.

Mais, même souvent contournée, l'idée de base continue à avoir cours, qu'on peut repérer dans les avis individuels des membres de la Cour, et les commentaires de doctrine, qu'il n'appartient pas à l'Etat de dire quelle est la vraie foi, mais « *de gérer, de façon neutre, la circulation des croyances dans un système pluraliste* », pour que les religions minoritaires n'aient pas moins de droits que les religions majoritaires, et ceci en :

- renonçant à tenir les habitudes pour des normes,
- créant des « *aménagements spéciaux* »,
- comprenant que l'acceptation du pluralisme ne se traduit pas **par des additions**, mais par **la promotion d'une flexibilité** : *Shabat n'est pas le dimanche ; il est au judaïsme ce que l'Eucharistie est au christianisme, la Chahada –profession de foi- à l'islam, les parcours du territoire des ancêtres aux Indiens, etc...*

5.- A la lumière de cette analyse de ce qu'il faut, ou faudrait essayer de comprendre du fait religieux, et des rapports entre les religions, il fait peu de doutes –je répète et précise ma pensée- que la position de nombre de juridictions nationales fait au moins question, plus vraisemblablement n'est pas tenable.

C'est évidemment la France que je prendrai pour exemple, où l'interdiction de discriminer à raison de la religion préexiste à la transcription de la directive, puisqu'elle est, de longue date, inscrite dans le droit constitutionnel, le droit pénal, et le droit du travail (ce qui éclaire, sans la justifier, la position française selon laquelle il n'est pas besoin de directive ; c'est vrai pour autant que ce qui est en cause est une norme, faux si ce qui est en cause est de comprendre).

Il est bel et bon, en effet, que l'article L. 121-6 du Code du travail français interdise de demander à un candidat à l'emploi des informations autres que celles permettant d'apprécier sa compétence professionnelle et sa capacité à occuper un emploi, et notamment des informations sur sa religion. Quitte, il est vrai, à ce que certains signes extérieurs puissent mettre *la puce à l'oreille* du recruteur, cependant le débat devant le juge, dans les conditions décrites par notre ami Miné, ne portera alors pas sur la religion ; à moins qu'il n'ait lu les très fines analyses d'Abdelmalek Sayad sur les signes corporels de l'appartenance à l'Islam, et sur l'équivalence entre l'appartenance à l'Islam et la couleur de peau, en pire.

Mais les choses se compliquent dès qu'est en cause l'exécution du contrat de travail. Le problème réside dans l'idée, avancée par le juge français, **d'exécution prioritaire du contrat de travail**. Cette idée fonctionne comme une nasse aux dépens des ressortissants des religions autres que les religions françaises traditionnelles, en particulier le Christianisme, dont la laïcité, même combattante, même anti-religieuse, a de fait épousé les contours. L'admirable arrêt de la Cour de Cassation du 17 octobre 1973, selon lequel la découverte qu'un salarié qu'on a embauché, sans le savoir, est prêtre, n'autorise pas son licenciement, n'a pas d'équivalent pour d'autres religions. Est-ce qu'une même solution prévaudrait pour un imam ou un rabbin ? On se le demande à la lecture de l'arrêt, passablement scandaleux, du 24 mars 1998 (Azal c/Chamsidinie) concernant l'employé d'un magasin d'alimentation, musulman –on est de surcroît à Mayotte-, muté au rayon boucherie de ce magasin, où il doit manier du porc, et qui valide le licenciement de l'intéressé parce qu'il s'y refuse, témoigne d'un ethnocentrisme et d'une désinvolture extravagante à l'égard de ce qui constitue les contours des religions comportant une dimension d'interdits alimentaires, plus précisément de l'Islam, qui est, pour faire l'appoint, à Mayotte la religion majoritaire. Il est surprenant que le respect qu'on voue à la

Cour de cassation et la dimension de dogme civique attribuée à une laïcité mal comprise aient lié la langue même d'universitaires réputés pour leur indépendance tel que le professeur Sabatier, qui, dans Droit Social, n'a critiqué cet arrêt que marginalement ; les pauvres étudiants, quant à eux, se croient obligés d'assurer de cette solution une défense éblouie (je pense à l'intéressant, mais effroyablement légitimiste, travail de Catherine Comme à Paris Dauphine en 2002-2003).

La vérité est que la thèse du « for interne » est non seulement contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, mais à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 10), selon lequel la liberté de religion implique « *le droit de manifester sa religion individuellement, ou collectivement, en privé ou en public, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* », mais encore à une vraie compréhension de la notion française de laïcité.

Tout cela n'empêche pas que l'arrêt Azal ait fait école :

- en matière d'interdits alimentaires (Cour d'appel de Paris, 18 mars 2002, pour une cuisinière musulmane qui ne veut pas goûter les plats comportant du porc, ce qui conduit la Cour à estimer son licenciement légitime) ;
- en matière de vêtements (Cour de cassation, 28 mai 2003 ; Cour d'Appel de Paris, 16 mars 2001), pour une affaire de foulard décrit comme incompatible avec la neutralité face à la clientèle, formulation particulièrement malheureuse –seules les institutions publiques sont supposées être neutres-, comme d'ailleurs celle de l'arrêt de la Cour de cassation, où celle-ci a éprouvé le besoin d'indiquer que la liberté de se vêtir n'est pas une liberté fondamentale ; on ne trouve que quelques décisions en sens contraire, de signification ambiguë, dans un cas où le foulard était porté à l'embauche notamment ;
- en matière d'autorisation d'absence, que ce soit pour la prière du vendredi ou le Ramadan ;
- en matière de cantines et avantages repas ;
- en matière, et c'est peut-être beaucoup plus intéressant, et à rapprocher, comme en totale contradiction avec la perspective gouvernant les dispositions qui leur sont propres, de ce qui prévaut pour les entreprises de tendance, de **mensonge** ; un employeur peut licencier son employé à qui il prescrit de mentir si celui-ci refuse au motif que sa religion le lui interdit Vaste sujet, car il paraît à peu près certain que

si la prescription de mensonge tendait à couvrir une discrimination à l'égard d'un autre salarié ou d'un client, ce mensonge ne pourrait être une cause légitime de licenciement et le salarié qui se refuserait à mentir, par conséquent à se rendre complice d'une discrimination, serait protégé. Bonne chance aux juristes pour délimiter la ligne de partage.

La Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (H.A.L.D.E) n'a pas encore eu à connaître de beaucoup d'affaires de discriminations à raison de la religion (l'une concernant l'accès d'un Sikh à la Banque de France, l'autre le port du voile par une cliente d'auto-école), et d'une seule concernant la discrimination à raison de la religion au travail, assez singulière car mettant en parallèle la journée d'hommage aux morts de l'Algérie et la fête religieuse arménienne greffée sur le jour du génocide, comme ouvrant éventuellement la voie à des autorisations d'absence ; la HALDE n'a rien tranché et seulement dit que si le jour du génocide avait été consacré comme ayant une portée religieuse par l'Église arménienne, rien de semblable n'était advenu concernant la journée d'hommage aux morts d'Algérie, ce que faisant elle n'a tranché de rien, mais laisse tout de même, et c'est en soi novateur, ouverte la question des autorisations d'absence pour fêtes religieuses autres que celles du christianisme.

Il ne semble pas, mais ma culture est insuffisante pour en juger de façon totalement éclairée, que les juges belges ou italiens, sauf en Italie pour le judaïsme et le shabbat fasse mieux que les juges français ; j'ai l'impression que cela se passe en revanche, de façon nettement plus éclairée, en Allemagne, où le Tribunal fédéral du travail a rendu en 2002 plusieurs décisions ouvertes et constructives, en relation avec la question des interdits alimentaires, du voile, des autorisations de congés pour les fêtes religieuses, et même de prière sur les lieux de travail.

Au total, si on fait le bilan de la situation en France, et dans les quelques pays où les juges raisonnent comme les juges français :

- **l'entreprise a le droit d'avoir une religion, et même une religion comptée large, avec ses prolongements éthiques, et de l'imposer au salariés,**

- **le salarié a droit, lui aussi, à une religion, mais elle ne peut comporter sur les lieux de travail aucune conséquence, elle ne lui ouvre aucun droit, et n'implique aucune sujétion pour l'employeur.**

6.- J'ai la conviction, morale et philosophique, mais juridique aussi, que le raisonnement suivi par les juridictions françaises et celles d'autres pays qui ont emprunté la même voie, devra être dépassé.

C'est ce dont sont conscients nombre d'employeurs :

- ceux qui, à bas bruit, ont organisé les régimes de congés spéciaux, et des cantines prodiguant des régimes alimentaires adéquats pour les travailleurs d'origine arabo-musulmane ;
- de façon plus visible, de Peugeot-Citroën, l'accord de septembre 2004 passé par la direction avec les syndicats dispose en effet, dans ses articles 1 à 4, lesquels que *« dans le cadre de la loi et de la réglementation en vigueur, des aménagements individuels peuvent être organisés et convenus par la Direction des Sites. En particulier, des modalités spécifiques peuvent être aménagées pour prendre en compte des usages ou caractéristiques religieuses ou ethniques ; il pourra en être ainsi pour la restauration (distributeurs ou selfs) où le choix des plats, conciliant des usages d'origine religieuse, pourra être proposé ; de même, des aménagements d'horaires ou de postes pourront être convenus par la Direction des sites afin de concilier les usages liés à certaines pratiques religieuses, avec l'activité. »*, ce qui n'est pas une rédaction parfaite, mais constitue déjà, par rapport au passé, un progrès considérable.

Il est dommage que tout cela ne soit encore que marginal, et notamment que la plupart des signataires (35 parmi lesquels Schneider, Accor, La Poste, I.B.M., Sodexo, Ricard-Pernod), de la Charte de la diversité dont vous a parlé Michel Miné, n'aient pas traité ce sujet, ou pire, ait repris la thématique de l'occultation au travail des conséquences d'une appartenance religieuse.

Pourquoi en est-il ainsi ? Alors que la flexibilité des horaires de travail ouvre de vastes possibilités, alors que les coûts que comporterait la non-discrimination à raison de l'appartenance religieuse ne sont certes pas négligeables, mais pas supérieurs à ceux de l'élimination des discriminations à raison du sexe ou du handicap. Vraisemblablement parce qu'on assiste à un considérable recul du religieux dans les classes aisées, sauf si elles y trouvent un prétexte à asseoir leur maîtrise, comme le révèle l'affaire des concessions faites par Monsieur Berlusconi en Italie à l'intégrisme religieux en matière de PMA. Parce que l'Occident se crispe dans une posture de défense, et même d'attaque, face à l'Islam réputé prosélyte et menaçant, posture à l'évidence contre-performante si elle est dépourvue de nuances, et plutôt propre à encourager le développement de l'intégrisme musulman qu'à le freiner. Parce que rares sont les organisations syndicales qu'intéresse la question religieuse. Parce qu'en France, singulièrement, le laïcisme fait des ravages jusque dans des milieux dont on aurait pu, au moins à l'origine, attendre mieux, comme S.O.S. Racisme.

*

Je voudrais, pour conclure, dire que l'enjeu du débat dont j'ai esquissé les contours n'est pas exclusivement, ni même principalement, même s'il est aussi le respect du droit communautaire ; il est la cohésion sociale dans chacun des pays concernés ; et il est encore l'avenir des rapports entre l'Occident et ce qui n'est pas lui. Veut-on préparer un avenir de compromis intelligents ? Ou nourrir les rancœurs ? Fomenteur les rétorsions ? Penser ces rapports en termes de choc, voire de guerre, entre cultures et civilisations ?

Jean-Michel BELORGEY
Président du Comité européen des droits sociaux